



# EUI WORKING PAPERS IN LAW

EUI Working Paper LAW No. 92/30

**Diritto, potere, dominio  
Argomenti per una teoria  
non prescrittivistica del diritto**

MASSIMO LA TORRE

European University Institute, Florence

European University Library



3 0001 0013 6385 4

*Please note*

As from January 1990 the EUI Working Paper Series is divided into six sub-series, each sub-series is numbered individually (e.g. EUI Working Paper ECO No 90/1).

**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE**

**DEPARTMENT OF LAW**

**EUI Working Paper LAW No. 92/30**

**Diritto, potere, dominio  
Argomenti per una teoria  
non prescrittivistica del diritto**

**MASSIMO LA TORRE**

**BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)**



All rights reserved.  
No part of this paper may be reproduced in any form  
without permission of the author.

© Massimo La Torre  
Printed in Italy in October 1992  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I – 50016 San Domenico (FI)  
Italy



## INDICE-SOMMARIO

### CAPITOLO PRIMO, *DUE CONCEZIONI CONTRAPPOSTE*

1. Premessa
  2. Il diritto come espressione del potere. "Analytical jurisprudence" e positivismo giuridico
  3. La supremazia della legge. Giusnaturalismo, costituzionalismo, stato di diritto
  4. Il potere come espressione del diritto. Léon Michoud e Hugo Krabbe
- Note al capitolo primo*

### CAPITOLO SECONDO, *EXCURSUS: LA TRADIZIONE MARXISTA*

1. Premessa
  2. I padri fondatori: Marx e Engels
  3. Il diritto come forma dello scambio: Pašukanis
  4. Il diritto come riflesso dei rapporti di produzione: Stučka
  5. Il diritto come volontà della classe dominante: Vyšinskij
  6. Diritto, potere e regime totalitario
- Note al capitolo secondo*

### CAPITOLO TERZO, *LA SOLUZIONE NORMATIVISTICA*

1. Il potere concepito come diritto: Hans Kelsen
  2. Legge, comando, norme
  3. Ordinamento normativo, potere politico, dominio
  4. Autonomia, eteronomia, ideologia
- Note al capitolo terzo*



## CAPITOLO PRIMO

### DUE CONCEZIONI CONTRAPPOSTE

Sommario: 1. Premessa -2. Il diritto come espressione del potere. "Analytical jurisprudence" e positivismo giuridico -3. La supremazia della legge. Giusnaturalismo, costituzionalismo, stato di diritto -4. Il potere come espressione del diritto. Léon Michoud e Hugo Krabbe.

#### 1. Premessa

Nella teoria del diritto e della politica emergono tradizionalmente due modi principali di intendere il rapporto tra diritto e potere. Per una prima -- e più diffusa (soprattutto in epoca moderna) -- concezione il diritto è espressione del potere, suo strumento ed emanazione. Per una seconda concezione, meno diffusa, il diritto è la fonte o il presupposto o il limite del potere. Questa contrapposizione è bene percepita da molti dei più avvertiti scrittori di teoria giuridica

Hans Kelsen, ad esempio, nel suo libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* esamina una serie di dottrine giuridiche secondo che esse pongano lo Stato come presupposto (*Voraussetzung*) del diritto o viceversa. Norberto Bobbio, occupandosi proprio della relazione che intercorre tra i due concetti di potere e diritto, si è espresso come segue: "Si possono distinguere le teorie generali del diritto e dello Stato in due grandi categorie secondo che affermino il primato del potere sulla norma o, viceversa, della norma sul potere" (1). Qui di séguito mi propongo di illustrare alcuni esempi di questi due divergenti modi di concepire il rapporto tra diritto e potere. La mia trattazione di questo tema non ha alcuna pretesa d'essere completa e nemmeno sufficiente, servendo piuttosto ad introdurre argomenti ed a condurre a considerazioni rilevanti per una critica della concezione prescrittivistica del diritto. Ciò che qui m'interessa non è tanto una tassonomia dei modi di concepire la relazione tra diritto e potere quanto una premessa alla problematizzazione d'un certo modo di concepire il fenomeno giuridico.

Non si tratta di risolvere un problema simile a quello dell'uovo e della gallina (cosa precede cosa?), ma di concettualizzare una tensione sempre presente nell'esperienza giuridica: quella tra indisponibilità del diritto e strumentalizzazione di questo da parte dei detentori del potere politico, e da parte di soggetti capaci di esercitare pressioni di vario tipo, detentori di forza materiale e psicologica extragiuridica. Tutto ciò ovviamente rimanda alla struttura dell'argomentazione giuridica, e in special modo a cosa possa essere



considerato un argomento giuridicamente valido. La questione, quindi, del rapporto tra diritto e potere è tutt'altro che oziosa, o materia di sterili esercitazioni accademiche.

La contrapposizione sopra menzionata tra due visioni del rapporto di diritto e potere percorre tutta la storia del pensiero politico e giuridico. Nel pensiero greco classico abbiamo esempi illustri dell'una e dell'altra concezione. Il pensiero sofistico, generalmente, afferma che la legge è un mezzo del più forte per piegare il più debole. Nondimeno Platone nel *Gorgia* fa dire a Callicle che le leggi positive sono opera dei più deboli per neutralizzare la superiorità naturale dei più forti. Pericle nei *Memorabili* di Senofonte sostiene che è legge tutto quanto il potere sovrano ha prescritto come obbligatorio. Ed è assai noto il cosiddetto "argomento di Trasimaco", il quale nel primo libro della *Repubblica* di Platone fa coincidere il diritto positivo con l'interesse del più forte.

All'impostazione "realistica" dei sofisti si contrappone il pensiero stoico che invece, generalmente, sostiene il primato della legge sul potere. Questa concezione si trasferisce nel pensiero politico e giuridico romano largamente influenzato dallo stoicismo. Si pensi, ad esempio, all'opera di Cicerone.

Aristotele, che è anch'esso come i Sofisti portatore di una concezione realistica e che quindi prende le distanze dal giusnaturalismo razionalistico degli Stoici, fonda il potere politico, la costituzione di un popolo, la sua *politeia*, sull'esistenza di un corpo di leggi. In un passo famoso, lo Stagirita così si pronuncia: "Dove le leggi non imperano non c'è costituzione. Bisogna, infatti, che la legge regoli tutto (in generale) e i magistrati in particolare: ecco quel che si deve ritenere una costituzione" (2).

Nell'età di mezzo la contrapposizione si ripresenta nelle forme da un lato della dottrina tomistica per la quale la *lex aeterna* è eminentemente razionale e non volontà arbitraria, e d'altro lato nelle forme della dottrina occamista fortemente volontaristica, per la quale la legge morale prescinde da ogni criterio di razionalità e consiste nel puro comando di Dio. Occam ritiene che il male sia null'altro che tenere una condotta contraria rispetto a quella che si ha l'obbligo di osservare (formula questa che sarà significativamente ripresa di Hobbes). Ovviamente, in queste due dottrine il rapporto tra diritto e potere va reinterpretato, sul piano etico e teologico, come la relazione esistente tra il giusto (il diritto in senso etico) e l'attività divina (il potere in senso teologico).

Secondo San Tommaso il giusto (che è il razionale) preesiste in certo qual modo al potere divino, o meglio la volontà divina non può volere nient'altro

che il giusto (razionale). Secondo Occam, invece, il giusto è il prodotto dell'arbitrio divino. Le due formule conducono a due distinti esiti. Da un lato si afferma, come scrive ad esempio Occam nel suo commento alle *Sentenze* di Pietro Lombardo, che se Dio prescrivesse il furto e l'omicidio gli atti denotati con quei termini cesserebbero di essere furti e omicidi "quia ista nomina significant tales actus non absolute: sed connotando vel dando intelligere, quod faciens tales actus per praeceptum divinum obligatur ad oppositum" (3). D'altro lato Gabriele Biel, riprendendo una formula di Gregorio da Rimini, sostiene che un'azione che è giusta secondo ragione è tale anche se Dio non la vuole: "Nam si per impossibile Deus non esset, qui est ratio divina, aut ratio illa divina esset errans, adhuc si quis ageret contra rectam rationem angelicam, vel humanam, aut aliam aliquam, si qua esset, peccaret" (4).

Per ciò che concerne la teoria giuridica in senso stretto il confronto nel Medioevo è tra una concezione che riprende il frammento di Ulpiano contenuto nel Digesto, *quod principi placuit legis habet vigorem*, e quindi la tradizione imperiale di un potere al di sopra della sua propria legge, e le teorie che interpretano l'esigenza tipicamente feudale di limitare il potere centrale. Quest'ultima linea di pensiero è particolarmente vivace in Inghilterra in forza delle particolari vicende storico-sociali di quel paese. Rudolph von Gneist, nel suo studio sul diritto amministrativo inglese, cita una vecchia massima dei tribunali inglesi, rivelatrice della maniera anglosassone di intendere il rapporto tra diritto e potere: *La ley est le plus haute inheritance, que le roy ad; car par la ley il meme et tantes ses sujets sont rules, et si la ley ne fuit, nul roy, et nul inheritance sera*" (5). E Bracton, il grande teorico del costituzionalismo medioevale inglese, affermava: *"Ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem"* (6).

## 2. Il diritto come espressione del potere. "Analytical jurisprudence" e positivismo giuridico

Uno dei più autorevoli sostenitori della dottrina che fonda il diritto sul potere è nell'era moderna Thomas Hobbes. Questi riprende la visione occamista per cui il male equivale a ciò che è proibito dalla volontà di Dio, e l'applica all'etica e al diritto. Il giusto e l'ingiusto saranno per Hobbes determinati esclusivamente dai comandi o dai divieti di colui che detiene il potere supremo di una comunità. "Perciò -- leggiamo nel *De Cive* -- fa parte del potere supremo produrre e rendere pubbliche delle regole, o misure comuni a tutti, con cui ciascuno possa conoscere cosa debba dire suo e cosa altrui, cosa è giusto e cosa ingiusto, cosa onesto e cosa disonesto, cosa bene e cosa



*male*, e, insomma cosa si debba *fare*, e cosa si debba *evitare*, nella vita comune" (7).

Le leggi civili, che determinano per Hobbes il giusto e l'ingiusto, sono concepite come comandi del potere supremo. Così l'etica viene subordinata al diritto positivo e questo al potere politico. "Queste regole, o misure, si è soliti chiamarle *leggi civili* o *leggi dello Stato*, perchè sono i *comandi* di chi nello Stato *detiene* il potere supremo. E le leggi civili (per definirle) non sono altro che i comandi di chi è investito della *potestà suprema* sullo Stato, riguardo le azioni future dei cittadini" (8). La definizione data nel *Leviathan* non si discosta di molto da quella del *De Cive*: "Civil Law, is to every Subject, those Rules, which the Commonwealth hath Commanded him, by Word, Writing, or other sufficient Sign of the Will, to make use of, for the Distinction of Right, and Wrong; that is to say, of what is contrary, and what is not contrary, to the Rule" (9). Parimenti nel *Behemoth* leggiamo: "Ogni legge è un comando che impone di *fare*, o di *astenersi di fare*, qualcosa" (10).

Questo modo di concepire il rapporto tra diritto e potere politico ha due effetti ulteriori per ciò che concernela teoria del potere. Dire infatti che il diritto positivo, la *legge civile*, è il comando del detentore del potere supremo comporta affermare una concezione di tale potere come superiore alla legge che esso emana. "Superiore", in questo contesto, significa "non vincolato". Il potere non è vincolato dalla legge che esso emana, questo è al di sopra di quella. "Lo Stato -- leggiamo nel *De Cive* -- non è tenuto alle leggi civili. Le leggi civili infatti sono leggi dello Stato; e se fosse obbligato verso di esse, sarebbe obbligato verso se stesso" (11). "Chi detiene il potere supremo non è tenuto alle leggi civili (questo sarebbe obbligarsi verso se stessi), né ad alcun cittadino" (12). Il medesimo concetto è espresso in maniera ancora più netta nel *Leviathan*: "The Sovereign of a Commonwealth, be it an assembly, or one Man, is not subject to the Civil Lawes. For having power to make, and repeale Lawes, he may when he pleaseth, free himself from that subjection, by repealing those Lawes that trouble him, and making of new" (13).

Affermare il diritto come comando del sovrano politico ha un altro effetto sull'idea di potere che si adotta nel porre la distinzione (e la superiorità) di questo rispetto al diritto. Il potere, in questo caso, non può che essere visto come potere di coazione, forza o violenza. Se la legge è comando, tale comando per essere obbedito non può confidare nel rispetto di un corpo di norme (che sarebbero altrettanti comandi), ma soltanto nella capacità di imporsi al suo destinatario, che è quanto dire nella forza che lo accompagna.

La dottrina hobbesiana è stata quasi universalmente adottata dal positivismo giuridico. Il legame con Hobbes è particolarmente diretto, per ragioni ovvie,



in John Austin, il fondatore della "giurisprudenza analitica", versione anglosassone, utilitaristica ed empiristica, del giuspositivismo affermatosi nel continente europeo all'indomani della rivoluzione francese. Da Hobbes si arriva ad Austin passando per Blackstone, autore dei monumentali *Commentaries* alle leggi inglesi, e per Bentham, il quale, nonostante la sua estrazione illuministica e il suo radicalismo politico, sviluppa una concezione del diritto vagamente "realistica" e giuspositivistica. Blackstone, per esempio, scrive quanto segue: "La legge, nel suo significato più generale e comprensivo significa una norma di azione (a rule of action) (...) Ed essa è quella norma di azione che è prescritta da qualche superiore, ed a cui l'inferiore è tenuto ad obbedire (that rule of action, which is prescribed by some superior, and which the inferior is bound to obey)" (14). E per Bentham la legge è "un insieme di segni i quali esprimono una volizione concepita o adottata dal sovrano in uno Stato, riguardante la condotta che deve essere osservata in un determinato caso da una determinata persona o classe di persone, le quali nel caso in questione sono, o si suppone che siano, soggette al suo potere" (15).

John Austin ripropone la teoria giuridica di Hobbes in quelli che sono i suoi caratteri essenziali. Questi possono ricondursi a quattro assunti principali: (a) la legge positiva è un comando; (b) comando è l'espressione di un desiderio (da realizzarsi da una persona diversa da colui che emette il comando), accompagnata dalla minaccia di un male (o sanzione) nel caso in cui il destinatario del comando non voglia piegarsi alla volontà (o desiderio) dell'emittente; (c) la legge è il comando di un superiore politico diretto all'inferiore politico, ovvero di un ente politicamente sovrano (che non riconosce al di sopra di se stesso nessuna autorità superiore); (d) il potere sovrano non è vincolato alle sue proprie leggi (comando), esso è *legibus solutus*.

Ciascuno di questi assunti è presente nell'opera più nota di Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). A questo proposito va ricordato che il giurista inglese distingue -- come è noto -- due tipi principali di leggi, quelle "propriamente dette" e quelle "impropriamente dette". Distinguendo ulteriormente le leggi in quattro categorie: (1) leggi divine, (2) leggi positive, (3) regole della morale positiva, (4) leggi in senso metaforico, Austin precisa che soltanto "le leggi divine e le leggi positive sono propriamente dette" (16), giacché solo "le leggi proprie, o propriamente dette, sono comandi" (17).

Per ciò che concerne la natura del comando, il suo essere espressione di volontà accompagnata dalla minaccia dell'inflizione di una sanzione, Austin afferma che "sono il potere e lo scopo di infliggere un male eventuale (...)

che danno alla espressione di un desiderio il nome di comando" (18). Così gli elementi che accompagnano il comando sono per Austin innanzitutto il desiderio, poi la minaccia della sanzione, ed infine la manifestazione del desiderio. "Le idee o nozioni comprese nel termine comando -- scrive Austin -- sono le seguenti. 1. Il desiderio o brama, concepito da un essere razionale, che un altro essere razionale agisca o subisca. 2. Un male proveniente dal primo diretto al secondo, nel caso che il secondo non soddisfi il desiderio. 3. La manifestazione o l'espressione del desiderio mediante parole o segni" (19).

Ma non basta il comando perché ci sia la legge; il comando deve provenire dal potere sovrano di una comunità politica indipendente. In senso generale, Austin rileva che già il concetto di comando rimanda ad un rapporto di un superiore verso un inferiore. "Sembra, allora, che il termine *superiorità* (come i termini *dovere* e *sanzione*) sia implicato dal termine *comando*. La superiorità infatti è il potere di imporre l'adempimento di un desiderio; e la manifestazione o espressione di un desiderio, insieme al potere e allo scopo di imporlo, sono gli elementi costitutivi del comando" (20). Il concetto di "sovrano" è tuttavia più ristretto di quello di "superiore politico"; il potere sovrano è quel "superiore politico" che non ha al di sopra di sé alcun altro "superiore politico". In tal caso la società su cui si esercita il potere sovrano sarà detta politicamente indipendente. "Se un *certo* superiore umano, che non ha l'abitudine di obbedire a un superiore a lui simile, ottiene obbedienza *abituale* dalla maggioranza di una data società, quel certo superiore è sovrano in quella società, e la società (che include il superiore) è una società politica e indipendente" (21).

Di conseguenza, "ogni diritto positivo, od ogni legge così chiamata semplicemente e in senso stretto, sono posti, direttamente o indirettamente, da un sovrano o da un organo, per un membro o membri della società politica indipendente, nella quale quella persona o organo è sovrano o supremo" (22). Ma non ogni comando che emani dal sovrano costituisce una legge. Ciò è il caso soltanto del comando che ha come oggetto una *classe* di azioni (positive o negative), che è cioè *generale*. Il comando "occasionale" o "particolare" non ci dà una regola di legge. "In quanto si distingue o si contrappone a un comando occasionale o particolare, una disposizione di legge è un comando che obbliga una persona o persone, ed obbliga *in via generale* (*generally*) ad azioni od omissioni di una certa *classe*" (23). Qui si afferma anche, in maniera più o meno esplicita, che il comando, per avere valore di legge, non deve esaurirsi in un singolo momento, o essere efficace per un'occasione specifica, ma deve avere durata nel tempo.

Infine vi è la illimitabilità del potere sovrano, la sua posizione al di sopra della legge che da lui promana. "Ora dalla caratteristica essenziale di una



legge positiva e dalla natura della sovranità e della società politica indipendente segue che il potere di un monarca così propriamente chiamato, o il potere di una molteplicità sovrana nella sua funzione collegiale e sovrana, è incapace di limitazione *giuridica* (*legal*)" (24). Per Austin, il sovrano può non solo cambiare la legge a suo piacimento, ma quello non è in alcun modo subordinato alla legge durante la vigenza di questa. "L'autore diretto di una disposizione di legge di tal genere, o uno qualunque dei successori sovrani di quell'autore diretto, possono abrogare la disposizione di legge a loro piacimento (*at pleasure*). Ed anche nel caso in cui la disposizione di legge non sia abrogata, il sovrano in quello spazio di tempo non è costretto ad osservare la disposizione da una sanzione giuridica o politica. Giacché, se il sovrano in quello spazio di tempo fosse giuridicamente vincolato ad osservarla, questo certo sovrano si troverebbe in una condizione di soggezione nei confronti di un sovrano di grado più elevato o superiore" (25).

Anche nel pensiero di Austin, come in quello di Hobbes, alla base della visione di un potere politico completamente "altro" rispetto alla legge e che questa usa come un suo *instrumentum regni*, sta la concezione "realista" del potere come potenza, forza, violenza. Un passo di Austin è, a questo proposito, significativo: "Ma, preso nel significato che io gli attribuisco, il termine superiorità significa potenza (*might*): il potere di infliggere ad altri un male o una sofferenza, e di costringerli, con la minaccia di quel male, ad assumere la condotta corrispondente ai propri desideri" (26).

La concezione del diritto come espressione del potere politico è comune a tutta l'area del positivismo giuridico. In Germania, in particolare, gran parte della dottrina giuridica del XIX secolo accolse quella concezione, sia pure con toni differenti. Questi variavano essenzialmente entro uno spettro di posizioni ai cui estremi si collocavano da una parte coloro che accoglievano l'assunto della illimitabilità per vie legali del potere sovrano, e dall'altra quanti invece teorizzavano la cosiddetta "autolimitazione" dello Stato. Tuttavia, entrambe queste posizioni concordavano sul piano descrittivo, nel porre il potere politico prima e al di sopra dell'ordinamento giuridico. Buoni esempi di queste due diverse posizioni sono, nel campo del diritto pubblico, rispettivamente quella di Conrad Bornhak e di Georg Jellinek.

Il pensiero di Bornhak (che è insieme a Max Seydel uno degli esponenti della cosiddetta *Herrschertheorie* (27)) ripercorre in gran parte il cammino teorico di Hobbes ed Austin: lo Stato è dominio, e il diritto è espressione di tale dominio, il quale è giuridicamente illimitato e illimitabile, giacché se esso fosse per ventura limitato o limitabile cesserebbe di essere dominio ovvero potere supremo entro un certo ambito territoriale. "Lo Stato -- scrive Bornhak -- è dominio (*Herrschaft*). Ciò non significa nient'altro che lo Stato domina, è



soggetto del dominio (*Subjekt der Herrschaft*). Per il momento non è necessario esaminare oltre in che maniera tale dominio debba o possa essere organizzato. Qui basta la constatazione che lo Stato è soggetto del dominio e dunque punto di partenza di ogni diritto pubblico, fondato sul dominio (...) Il dominio dello Stato è giuridicamente illimitato e illimitabile (*rechtlich unbeschränkt und unbeschränkbar*)" (28). "Ogni limitazione infatti presuppone una forza (*Macht*) la quale possa limitare lo Stato e che quindi gli sia superiore. Un tale superiore potere (*Gewalt*) è però inconciliabile con l'indipendenza concettualmente (*begrifflich*) necessaria del potere statale (*Staatsgewalt*)" (29).

L'ispirazione hobbesiana si fa più evidente ancora nel momento in cui Bornhak afferma, sulle orme del filosofo inglese, che ogni Stato è di per sé (concettualmente) assoluto, il che -- precisa Bornhak -- non sempre trova corrispondenza nella pratica, poiché talvolta lo Stato non ha la forza sufficiente di realizzare ciò che gli è teoricamente (giuridicamente) possibile. "Lo Stato è dunque assoluto per necessità intrinseca, quale che sia la sua forma costituzionale. I fatti tuttavia possono non corrispondere a questo assolutismo giuridico. La debolezza del potere statale può impedire allo Stato di fare ciò che è giuridicamente permesso" (30). Va però detto che per Bornhak, il quale non ammette, come si è detto, limiti di diritto al potere dello Stato, il potere politico può essere sottoposto a vincoli di carattere etico. "Ma -- egli scrive -- anche per lo Stato che non abbia alcun limite alla sua forza esistono i limiti dell'ordinamento etico (*der sittlichen Ordnung*), che egli non può impunemente oltrepassare" (31).

La dottrina di Georg Jellinek (da non confondere col figlio Walter, anch'egli valente pubblicista) ha influenzato grandemente le teorie del diritto pubblico non solo nell'area culturale germanica, ma anche in Italia ed in Francia. Oltre a Vittorio Emanuele Orlando in Italia, in Francia un'altra grande figura di giuspubblicista riprende le linee della concezione giuridica di Jellinek: Carré de Malberg. La teoria costituzionale di Jellinek, com'è noto, è fondata sul concetto di auto-obbligazione (*Selbstverpflichtung*) dello Stato, il quale solo attraverso tale autolimitazione si fa "Stato giuridico". Ma lo Stato è visto da Jellinek, alle sue fondamenta, come potere sovrano ancora una volta assoluto. E' in forza di tale sua assolutezza che il potere statale crea, a suo avviso, l'ordinamento giuridico. "Ma -- scrive Jellinek -- chi personifica l'ordinamento giuridico è lo Stato medesimo, ed in effetti è esclusivamente lo Stato, nella sua sovranità, quello che crea il proprio ordinamento. Ora lo Stato, che determina se stesso e che stabilisce il proprio ordinamento con piena libertà formale, non è sottoposto ad alcun potere superiore" (32).

Lo Stato --secondo Jellinek -- si fa ordinamento giuridico ponendo da sé un limite *di diritto* alla propria sovranità la quale *di fatto* rimane assoluta. "Solamente in quanto lo Stato si concepisce come giuridicamente limitato, esso diventa subbietto di diritti. Una essenza operante che non sia per nulla subbietto di doveri, costituisce un subbietto di fatto, non un subbietto di diritto. Nel concetto di diritto è già contenuto quello di limitazione" (33). Poichè Jellinek sostiene che ogni ordinamento giuridico è un rapporto tra persone, ovvero è un sostenitore della cosiddetta "teoria relazionale" del diritto (34), lo Stato -- per il giuspubblicista austriaco -- crea il diritto solo in quanto riconosca ad altri una soggettività in qualche modo analoga (ma non pari) alla propria. "Lo Stato -- scrive Jellinek --, considerato in sé, come potestà di fatto, si trasforma, mediante il riconoscimento della personalità dei sudditi, in una potestà giuridicamente limitata. In tal guisa la sua potenza di fatto, stabilita e limitata dal suo stesso ordinamento giuridico, acquista il carattere di potestà giuridica, i suoi interessi prendono il carattere di interessi giuridici" (35).

Come osserva Léon Duguit (36), la teoria dell'autolimitazione dello Stato di Jellinek ha un precedente nel pensiero di Ihering, così come questo è espresso nell'opera *Der Zweck im Recht*. Infatti, l'idea di diritto che Ihering sviluppa, soprattutto dopo l'allontanamento dalle sue originarie posizioni (che erano quelle della "Pandettistica"), è fortemente caratterizzata in senso imperativistico. Egli "identifica la norma con un imperativo proveniente dal potere statale" (37). Ed aggiunge: "Da questo punto di vista, tutto il diritto si presenta come il sistema coercitivo realizzato dallo Stato, come l'apparato coercitivo organizzato e diretto dal potere statale" (38).

Per Ihering, come per Austin, non ogni imperativo emanante dal potere statale è, però, norma di legge, ma solo quell'imperativo che ha carattere astratto e generale. "Ma non tutti gli imperativi giuridici del potere statale -- scrive il giurista tedesco -- sono norme giuridiche, anzi dobbiamo distinguere tra imperativi concreti ed astratti, poiché soltanto questi ultimi sono norme giuridiche" (39). Inoltre, a giudizio di Ihering, perché il diritto raggiunga la sua espressione più compiuta, le norme giuridiche (vale a dire gli imperativi astratti del potere statale) devono essere validi bilateralmente, devono cioè vincolare anche il potere statale. "Nell'emanare la norma giuridica, il potere statale può proporsi di vincolare per mezzo di essa soltanto i destinatari, ma non se stesso, riservandosi così di decidere discrezionalmente il caso singolo. Tuttavia, il potere statale può emanare una norma nell'intento -- e persino con l'assicurazione espressa -- di voler vincolare anche se stesso. Soltanto in questo modo, se questa assicurazione viene effettivamente rispettata, il diritto raggiunge la sua forma perfetta: la certezza cioè che la norma statuita deve necessariamente essere realizzata" (40). La natura prescrittiva di queste ultime



affermazioni di Ihering è abbastanza chiara. E' perciò che Carré de Malberg, mentre attribuisce alla teoria di Jellinek valore scientifico, sottolinea l'intento a suo parere essenzialmente politico di questa prima elaborazione iheringiana della teoria della autolimitazione dello Stato (41).

### 3. *La supremazia della legge. Giusnaturalismo, costituzionalismo, stato di diritto*

Alle origini della concezione che pone il diritto a fondamento del potere politico troviamo -- in epoca moderna --, così come per la teoria contrapposta, l'opera di un pensatore inglese: John Locke. Nel pensiero di questo filosofo la relazione tra fenomeno giuridico e quello politico è particolarmente articolata. (i) Innanzitutto vi è in Locke l'affermazione di una legge naturale che regge tutte le azioni umane e quindi anche gli atti del potere politico. "La legge di natura -- scrive Locke -- costituisce una norma eterna per tutti gli uomini, per i legislatori come per gli altri. Le norme ch'essi danno alle azioni degli altri uomini devono essere così come le azioni loro e altrui conformi alla legge di natura, cioè alla volontà divina, di cui essa è una manifestazione" (42).

(ii) Per ciò che concerne le leggi positive, che segnano per Locke il passaggio dallo stato di natura alla società civile (il potere politico per Locke è soprattutto potere di fare le leggi), queste sono espressioni dell'opinione e della volontà dell'intera società. Se così non fosse, a giudizio del filosofo inglese, non saremo più in presenza di una legge ma di un atto arbitrario del potere. "Né un editto di chicchessia -- qualunque sia la forma in cui è concepito o il potere da cui è sostenuto -- può avere la forza e l'obbligatorietà d'una legge, se non riceve la sua sanzione da quel legislativo che il pubblico ha scelto e designato. Senza di ciò la legge non può possedere ciò che è assolutamente necessario perché sia appunto una legge, cioè il consenso della società, sulla quale nessuno può avere il potere di legiferare se non in grazia del suo consenso e dell'autorità da essa ricevuta" (43). Locke cita Hooker che nel suo scritto *Laws of Ecclesiastical Polity* aveva sostenuto che "non sono dunque leggi quelle che la pubblica approvazione non abbia reso tali" e che "le leggi umane di qualsiasi genere sono dunque valide per consenso" (44).

(iii) Infine, vi è nell'opera di Locke l'affermazione che il potere politico deve essere esercitato mediante la legge, intesa questa come atto formale, certo e pubblico. "Di qualsiasi forma di Stato si tratti -- scrive il filosofo inglese --, il potere deve governare per mezzo di leggi dichiarate o notorie, e non per mezzo di decisioni estemporanee e vaghi decreti" (45).



Nella prima di queste differenti maniere di pensare il rapporto tra diritto e potere siamo in presenza di una classica teoria giusnaturalistica. Nella seconda ci troviamo dinanzi ad una formulazione che mette insieme elementi della teoria democratica riguardo all'origine ed all'esercizio del potere politico con una forte connotazione prescrittiva, e accenni di una teoria "sociologica" del potere (che anticipa le riflessioni in merito di Hume) per cui il potere si fonda (e non *deve* fondarsi; l'intento qui è descrittivo) sul consenso dei consociati. In questa anticipazione di teoria sociologica possono trovarsi spunti per sostenere una differente visione dei rapporti tra diritto e potere, che sovrappone i due termini, ma non dalla parte del potere (per cui il diritto è potere) come faranno alcuni radicali assertori del positivismo giuridico, bensì dalla parte del diritto (per cui il potere è diritto) come può essere ricavato dagli studi antropologici che pensano la società in termini di sistema normativo (il riferimento è all'opera di studiosi come Marcel Mauss, Claude Levy-Strauss, Marshall Sahlins).

La terza maniera è una formulazione che può dirsi "giusformalistica", e che vede nella forma della legge in quanto astratta, generale, certa e pubblica un argine all'arbitrio del potere. Di tale maniera di pensare uno dei più convinti assertori sarà tre secoli più tardi Franz Neumann. Locke, tuttavia, non crede che la forma di legge come tale sia la sola e più efficace garanzia contro gli eccessi del potere politico.

Nel pensiero del filosofo inglese la legge è fortemente agganciata alla volontà popolare e non è mai vista come un fatto solo formale. Le formalità di cui si riveste la legge (la pubblicità, per esempio) hanno infatti, a parere di Locke, il fine di mantenere il contatto tra la regola e la volontà popolare. Di conseguenza, è nel fatto che la legge promani dal popolo che sta la garanzia della sua legalità, e non nel mero rispetto di alcune procedure che si svolgono esclusivamente all'interno dell'apparato politico (come è sostenuto dalle dottrine del *Rechtsstaat*): nel fatto cioè che il sistema politico non interrompa, al livello istituzionale, il contatto con la società e continui a farsi determinare da questa. Per Locke, dunque, il quale afferma (descrittivamente e prescrittivamente) che il diritto fonda il potere, "la tirannide è l'esercizio di un potere che trascende il diritto" (46), e "si ha tirannide quando chi governa, a qualsiasi titolo, erige a norma non la legge ma la propria volontà" (47).

Si può dire, schematizzando, che in Locke sono presenti le tre principali varianti della teoria che pone il fenomeno giuridico prima e sopra quello politico. (i) Nella prima il diritto è essenzialmente legge naturale. (ii) Nella seconda il diritto è la legge fondamentale posta dalla volontà popolare (costituzione), cui tutti gli altri atti giuridici e politici devono confermarsi. (iii) Nella terza variante, infine, il diritto è regola formale, caratterizzata

dalla generalità, dall'astrattezza, dalla certezza e dalla pubblicità: *generale*, in quanto si dirige alla generalità dei cittadini; *astratta*, perché emanata per regolare e sanzionare una fattispecie concepita in astratto e non un evento specifico (ad esempio l'omicidio "in astratto", e non l'omicidio di un idraulico o del signor Rossi "in concreto"); *certa*, in quanto il potere politico: (a) non può modificare la norma a suo piacimento, attraverso un atto materiale di volontà, ma può farlo solo attraverso il rispetto di determinate procedure; (b) non può sottrarsi esso stesso al rispetto della norma, e durante la vigenza di questa deve comunque osservarla e applicarla; *pubblica*, in quanto la norma è resa nota alla generalità dei cittadini attraverso opportune procedure, sicché è possibile ad ogni cittadino averne notizia (solo in tal caso si giustifica, per tale teoria, la massima *ignorantia legis non excusat*). Di queste tre versioni della tesi della superiorità del diritto sul potere particolarmente rappresentative sono le teorie, rispettivamente, di (i) William Godwin, (ii) Thomas Paine, (iii) Franz Neumann.

Godwin, nella sua monumentale *Enquiry concerning Political Justice*, critica, tra l'altro, l'assunto comune alle teorie assolutistiche e democratiche (a Hobbes e a Rousseau, ad esempio) secondo cui la volontà del sovrano è onnipotente. Contro tale concezione Godwin si appella ad una legge naturale che trova la sua fonte in uno spazio sottratto alla manipolazione di ogni ente umano: questo spazio è per Godwin la ragione. "Non è mai troppa la forza con cui va sottolineato -- scrive Godwin -- che la società e le comunità degli uomini non hanno in alcun caso il potere di stabilire l'assurdità e l'ingiustizia; che la voce del popolo non è, come si è talvolta ridicolmente sostenuto, "la voce della verità e di Dio"; e che il consenso universale non può convertire l'ingiusto nel giusto" (48). "Se un agglomerato di uomini --continua Godwin -- si accordano in via generale di tagliarsi la mano destra, di rimanere sordi alla libera ricerca, o di sostenere che due più due in particolari circostanze fa sedici, in tutti questi casi essi hanno torto, e devono essere censurati in modo inequivoco per aver usurpato un'autorità che non compete loro: Signori, voi non siete, come un'intossicazione di potere vi ha portato a credere, onnipotenti; c'è un'autorità più grande della vostra alla quale siete vincolati a confermarvi continuamente" (49).

Da ciò consegue, a giudizio di Godwin, che il legislatore (chiunque esso sia) *non produce* egli la legge, bensì la *interpreta*; interpreta una regola che gli è già data, e che egli non può creare. "L'assemblea più affollata -- scrive Godwin -- o il senato più venerabile non possono rendere regola di giustizia una proposizione che non sia sostanzialmente tale precedentemente alla loro decisione. Essi possono solo interpretare e dichiarare (*announce*) quella legge che trae la sua effettiva validità da un'autorità superiore e meno mutabile" (50).



Come è noto, la teoria politica di Thomas Paine è espressione del fermento ideologico che prepara e segue le due grandi rivoluzioni democratiche, quella americana e quella francese. La riflessione teorica di Paine ruota intorno alla nozione di costituzione. Per Paine, come per i rivoluzionari americani e francesi, la costituzione (vista come il prodotto della volontà popolare) fonda il potere politico, in modo che un potere senza costituzione è dichiarato senz'altro illegale. "Una costituzione -- scrive Paine -- non è l'atto di un governo, bensì di un popolo che costituisce un governo; e un governo senza una costituzione è potere senza un diritto (*without a right*)" (51).

Paine distingue il potere costituente (che risiede nel popolo) e il potere costituito (che è il governo). La costituzione è l'atto con cui il popolo si dà le proprie norme e stabilisce le competenze dei suoi rappresentanti. Questi (che insieme formano il governo) non possono modificare in alcun modo le norme fissate dalla costituzione. "Ogni società e associazione che è stabilita--egli scrive--ha dapprima convenuto su un numero di articoli originali, espressi in maniera formale, che sono la sua costituzione. Essa quindi nomina i suoi funzionari i cui poteri e le cui competenze sono descritte in quella costituzione e allora ha inizio il governo di quella società. Quei funzionari, quale che sia il loro nome, non hanno alcuna autorità di aumentare, modificare o ridurre gli articoli originali. Questo diritto appartiene al potere costituente" (52).

La riflessione sul diritto di Franz Neumann, giurista socialdemocratico tedesco, ha come suo oggetto principale la trasformazione delle funzioni del diritto dapprima in quel regime che egli definisce di "capitalismo monopolistico" (e che egli crede di rinvenire nella Germania di Weimar), e poi nel regime nazionalsocialista. In entrambi i regimi, ma molto di più sotto il dominio nazista, Neumann segnala il declino della concezione tradizionale, liberale e giuspositivistica, della legge. Questa, a suo avviso, è denotata da tre principali caratteristiche: (a) la formulazione della legge deve essere generale, (b) tale generalità deve essere specifica, deve cioè riferirsi a fatti determinati, e non rinviare a criteri morali come è il caso a suo avviso delle cosiddette *Generalklauseln* (53), (c) non deve essere retroattiva (54). Soltanto in presenza di tali requisiti può parlarsi, per Neumann, di legge in senso proprio.

Preliminarmente, questo giurista distingue tra "norme tecniche" e "leggi". Le prime sono culturalmente indifferenti, neutre, e proprie di ogni sistema sociale cui si applichi la divisione del lavoro. "Qualsiasi società basata su una divisione del lavoro produrrà necessariamente competenze, giurisdizioni, che danno l'apparenza di un sistema legale funzionante (...) Ma esse sono, nelle parole del mio maestro E. Mayer, "regole culturalmente indifferenti" di carattere prevalentemente tecnico. Possono acquisire rilevanza politica o

economica in qualsiasi momento (per esempio, le regole del traffico possono svolgere un ruolo considerevole nella lotta tra ferrovie e l'automobile), ma in casi normali sono culturalmente neutrali" (55). Le norme tecniche -- secondo Neumann -- non qualificano un sistema giuridico, proprio in quanto non ne costituiscono le leggi in senso stretto.

Le leggi -- per Neumann -- vanno distinte a seconda che siano il prodotto esclusivo della volontà sovrana, oppure siano il prodotto combinato di tale volontà e della ragione. Abbiamo così due nozioni di diritto (oggettivo), una "politica" ed una "razionale". "Bisogna distinguere -- scrive Neumann -- due nozioni di legge, una politica e l'altra razionale. In senso politico, la legge è qualsiasi misura di potere sovrano, indipendentemente dalla sua forma o dal suo contenuto (...) La legge è dunque volontà e null'altro. Il concetto razionale di legge, invece, è determinato dalla sua forma e dal suo contenuto, non dalla sua origine. Non ogni atto del sovrano è legge. In questo senso, la legge è una norma, comprensibile razionalmente, aperta a un'interpretazione teorica e contenente un postulato etico, principalmente quello dell'eguaglianza. La legge è ragione e volontà" (56). Ma per Neumann soltanto il tipo "razionale" di legge è legge in senso proprio. Parimenti, per questo autore, soltanto lo Stato di diritto è Stato in senso proprio.

La legge in senso proprio, munita dei suoi tre elementi caratteristici (sopra menzionati) che servono a renderla "razionale", costituisce così secondo Neumann un argine, un limite all'arbitrio del potere sovrano, proprio in ragione della sua intrinseca razionalità. "La legge razionale, in fondo, serve anche a proteggere il debole" (57). Va sottolineato che la razionalità della legge è identificata da Neumann con la struttura formale della norma che rende prevedibili e calcolabili sia le conseguenze cui si va incontro in caso di una sua trasgressione sia i comportamenti dei consociati qualora questi volessero conseguire un fine giuridicamente rilevante. "La ragionevolezza della legge -- scrive Neumann -- non è più determinata dalla ragionevolezza della società in cui la legge opera, come nel diritto naturale tomista, ma dalla sua struttura formale. La ragionevolezza diviene così razionalità, ma una razionalità che è formale e tecnica al tempo stesso, ovverossia prevedibile e calcolabile" (58).

Di conseguenza il regime nazionalsocialista -- secondo Neumann -- non può essere definito uno "Stato" in senso proprio. A questo proposito, è significativo il titolo del libro che Neumann dedica al regime hitleriano: *Behemoth*, che nella terminologia hobbesiana accolta da Neumann sta a definire, in opposizione a *Leviathan* (che indica un regime politico giuridicamente ordinato), una situazione di anarchia e di illegalità, di arbitrio dunque, una volta che la legge sia vista come condizione essenziale dell'ordine sociale e della



protezione del singolo contro gli eccessi del potere politico. Per cui, "se il diritto genera la forma basilare del diritto, se il diritto non è solo *voluntas* ma anche *ratio*, allora dobbiamo negare l'esistenza del diritto nello stato fascista" (59). Là dove la norma è vera espressione del potere politico, non è cioè rivestita di quella forma generale e astratta che ne farebbe una legge, non può parlarsi -- secondo Franz Neumann -- di ordinamento giuridico. "Un tale sistema merita il nome di diritto? -- si interroga Neumann a proposito del regime nazista -- Sì, se per il diritto s'intende solo la volontà del sovrano; no decisamente, se il diritto, diversamente dal comando del sovrano, deve essere razionale sia nella forma sia nel contenuto" (60).

#### 4. Il potere come espressione del diritto. Léon Michoud e Hugo Krabbe

Per ciò che concerne le dottrine strettamente giuridiche, giuspubblicistiche in particolare, non è facile trovare dei giuristi che si arrischino ad affermare la supremazia del diritto rispetto a ciò che la dottrina germanica dello scorso secolo chiamava la *Herrschaft* (61). Non è facile soprattutto a partire dalle codificazioni, e dalla nascita del cosiddetto positivismo giuridico, che si caratterizza come quella concezione che pone la legge (atto dello Stato) come unica forma del diritto (62). Ed è ancora più difficile nei paesi di lingua tedesca e in Italia, che del positivismo giuridico, soprattutto per ciò che concerne il diritto pubblico, sono stati il terreno di coltura. Accade così che i due esempi, che mi è riuscito di rinvenire e che qui di séguito illustro, di giuristi che nella loro elaborazione dottrinale non si attengono al dogma "realista" (63) del giuspositivismo, siano offerti l'uno da uno studioso francese, l'altro da un professore olandese: Léon Michoud e Hugo Krabbe.

All'inizio della sua trattazione dei "diritti di potenza pubblica appartenenti allo Stato", nel secondo volume della sua opera sulla personalità giuridica (64), Michoud traccia la distinzione tra sovranità del principe o del popolo, e sovranità dello Stato (65), riprendendo un'idea di Georg Jellinek. "Ma l'idea della sovranità del *principe* -- scrive Michoud -- e quella della sovranità del popolo sono delle idee politiche, aventi per conseguenza una certa ripartizione dei poteri nel corpo sociale. L'idea di sovranità *dello Stato*, al contrario, è un'idea d'ordine puramente giuridico che può conciliarsi con qualsiasi ripartizione dei poteri" (66). L'idea di "sovranità dello Stato" non implica alcuna costituzione politica particolare. "Essa è suscettibile d'accordarsi sia con la concentrazione dei poteri nelle mani di un uomo o di un'assemblea, sia con la loro separazione tra organi diversi di cui alcuni (come il re in certe monarchie, come gli elettori da noi) potranno persino essere considerati come aventi dei diritti alla qualità di organi. Essa di conseguenza non esclude alcuna forma di governo; essa non è una teoria

politica nel senso proprio del termine" (67). Il significato dell'idea di "sovranità dello Stato" è -- secondo Michoud -- che la sovranità risiede non nelle mani di un detentore determinato, sia esso pure il popolo, ma in quella della collettività nazionale in generale.

Conseguenza della nozione di sovranità dello Stato è --nella prospettiva di Michoud -- che il detentore del potere non esercita questo per proprio conto ma in nome e nell'interesse più generale della collettività. Ciò implica una limitazione delle prerogative del detentore del potere, chiunque esso sia. "Nella teoria della sovranità dello Stato -- scrive il giurista francese -- la limitazione proviene naturalmente dall'idea che questo detentore esercita un potere che gli è conferito soltanto nell'interesse della collettività, onde risulta che questo esercizio diviene illegittimo dal momento in cui esso perde di vista quell'interesse. Il suo diritto, per quanto elevato e perfino unico, non va al di là di ciò" (68).

In ogni caso, colui (persona fisica, gruppo, o istituzione) che esercita il potere, vale a dire che emana le leggi, non è --per Michoud -- che un *organo* della collettività nazionale. Il diritto di legiferare che compete a tale organo non è suo, ma appartiene alla collettività (69). L'organo è subordinato a tale diritto, anche se questo non è accompagnato da alcuna sanzione concreta in caso di una sua violazione. Che l'organo della collettività nazionale sia *di fatto* sovrano, nel senso che egli non ha al di sopra di lui un altro organo capace di imporgli le proprie decisioni, non vuol dire che tale organo sia sovrano anche *di diritto*.

A questo punto dobbiamo interrogarci sui contenuti che Michoud attribuisce alla nozione di diritto (oggettivo). Questo non coincide -- a suo avviso -- con la legge emanata dagli organi dello Stato. Vi è un diritto che è precedente ed esterno all'azione dello Stato. "La nozione di diritto, in effetti, -- egli scrive -- non è affatto identica alla nozione di *legge promulgata dagli organi dello Stato*. Vi sono state relazioni giuridiche fra gli uomini e regole per governarli prima che si costituissero gli Stati, nelle società patriarcali primitive, in gruppi come il clan e l'orda. Anche dopo la costituzione degli Stati, per lungo tempo il diritto ha continuato ad esprimersi nei costumi senza l'intervento statale. Queste due osservazioni bastano a provare che l'idea di diritto è indipendente dall'idea di Stato, e che la prima è anteriore alla seconda" (70). Pertanto, poiché il diritto è anteriore e superiore allo Stato, il ruolo di quest'ultimo, ovvero del potere legislativo è -- per il giurista francese -- principalmente quello di registrare le regole che sono già operanti nel tessuto sociale.



Fin qui Michoud ha teorizzato due specie di limitazioni che ostacolano il pieno dispiegarsi dell'azione del potere politico. Il primo limite risiederebbe nel carattere impersonale del titolare del potere politico, la collettività nazionale. Ciò obbligherebbe il detentore materiale del potere a svolgere la sua azione nel quadro degli interessi della collettività. Il primo limite sarebbe, dunque, l'interesse generale, che deve rappresentare il fine dell'azione politica. Il secondo limite, connesso al primo, è dato dal fatto che il detentore materiale del potere politico (re, assemblea elettiva, od anche comizi popolari) non ne è anche il titolare giuridico. Tale titolare è sempre -- secondo il giurista francese -- la collettività nel suo complesso. Pertanto, l'organo che esercita il potere politico ed emana le leggi deve esprimere quelle norme e quei valori che sono già vigenti nel corpo della collettività della quale esso è, per l'appunto, l'"organo": rappresentante, portavoce, espressione. Questo secondo limite risiede, dunque, nella relazione di rappresentanza che esiste tra la collettività e i suoi organi.

Michoud individua, inoltre, un terzo limite, posto da un diritto naturale, superiore perfino alle norme espresse dalla coscienza popolare. Tale diritto naturale, nel caso in cui dovesse collidere con le norme espresse dalla coscienza sociale, si imporrebbe a queste come diritto gerarchicamente superiore. "Noi ammettiamo -- scrive il giurista francese -- che al di sopra del limite stesso risultante dalla coscienza sociale del gruppo, vi è un altro limite, di carattere del tutto ideale, che è quello del diritto naturale, e che tale limite s'impone non solo agli organi del gruppo, ma si imporrebbe anche al gruppo stesso, se questo potesse decidere altrimenti che per mezzo dei suoi organi" (71). Come molti pensatori che pongono il diritto al di sopra del potere politico, Michoud giunge ad ammettere il diritto di resistenza contro quelle azioni politiche (quelle leggi) che fossero emanate in flagrante violazione del diritto (l'insieme delle norme espresse dalla coscienza sociale). "La teoria che abbiamo formulato -- egli scrive -- ha per conseguenza di mostrare che il legislatore dipende di fatto dal gruppo sociale del quale esso è il rappresentante, e che la resistenza di fatto di quel gruppo può infirmare la sua decisione" (72).

Come si è detto sopra, un'altra dottrina giuridica che svincola il diritto dal potere politico e che pone il secondo in una situazione di dipendenza dal primo è quella dell'olandese Hugo Krabbe. Questi contrappone alla teoria della "sovranità dello stato" che è comune alla gran parte del pensiero giuspositivistico (Krabbe cita in particolar modo, a tal riguardo, Gerber, Laband, Georg Jellinek, Otto Mayer) una teoria della "sovranità del diritto". Per la prima il diritto trarrebbe la sua origine dal potere originario attribuito allo Stato. "La dottrina della sovranità dello Stato -- scrive il giurista olandese -- deriva ogni potere, ogni autorità sociale dallo Stato. Lo Stato è la persona



dell'autorità, la fonte di ogni potere, un fenomeno di potere naturale e originario. Questo punto di vista ha per conseguenza necessaria che anche il diritto trae dallo Stato la sua autorità, e talvolta anche il suo contenuto" (73).

Per la teoria della sovranità del diritto, di cui il giurista olandese si fa deciso assertore, il rapporto tra diritto e Stato si pone in termini rovesciati rispetto a quelli fissati nella teoria della sovranità dello Stato. Non è più il potere dello Stato, potere pensato come originario, a produrre il diritto, bensì è il diritto che attribuisce potere ed autorità allo Stato.

Non soltanto il potere dello Stato è, a giudizio di Krabbe, in qualche modo prodotto dal diritto, ma il diritto condiziona e regge costantemente l'attività del potere politico. Il potere politico cioè, una volta "creato" dal diritto, non si libera di questo. Il diritto regge l'attività statale sia mediante le leggi ordinarie sia mediante leggi appositamente emanate per regolare il comportamento degli organi statali.

Per affermare la tesi della sovranità del diritto, Krabbe parte dalla teoria del *Rechtsstaat*, che egli ritiene tuttavia insoddisfacente. Questa teoria riconosce come autorità sovrana il potere del diritto, ma non trae da ciò -- secondo Krabbe -- le conseguenze ultime, e si limita a sostenere che l'attività dello Stato coincide con quella del diritto senza andare oltre a rivendicare la subordinazione dello Stato al diritto (74).

Le teorie del *Rechtsstaat* sono insoddisfacenti, a giudizio di Krabbe, perché mantengono ciò che egli chiama la *Obrigkeitsidee*, l'idea cioè di un'autorità politica sovrana che trae tale sua supremazia da fonti diverse da quelle del diritto. Egli rimprovera ad esempio a Georg Jellinek di non riuscire a liberarsi, nella formulazione della sua tesi della "autolimitazione dello Stato", dalla secolare tradizione che vede alle origini dello Stato un potere personale, la volontà di un sovrano (visto come persona fisica, sia un individuo, sia un qualche altro ente di misteriosa origine). Krabbe rimprovera insomma alla dottrina giuspubblicistica dominante al tempo in cui scrive di non riuscire a superare la concezione personalistica dello Stato che affonda le sue radici negli antichi Stati patrimoniali.

Krabbe afferma più volte che la sua teoria, lungi dall'essere meramente prescrittiva, descrive invece la realtà dei fenomeni giuridici contemporanei. Questo autore tiene a distinguere nettamente diritto e giustizia: "Così come nella dottrina del diritto anche nella dottrina della sovranità del diritto i concetti di *diritto* e di *giustizia* vanno distinti con cura" (75). La sua "dottrina della sovranità del diritto" è --secondo Krabbe -- fondata sulla registrazione effettiva degli sviluppi della figura moderna dello Stato. Lo Stato moderno

non è più identificabile, a suo avviso, con la figura per quanto eminente di un re, imperatore, principe, o sovrano, né l'azione politica e giuridica può dirsi, nello Stato moderno, emanare dalla volontà di un individuo determinato. Lo Stato è oggi impersonale, e come tale, quindi, retto dal diritto. Ciò è dovuto, in particolare, all'ascesa dello Stato parlamentare, giacché in un regime parlamentare la volontà politica si fa astratta. Essa, per il variare delle maggioranze, non può più, essere attribuita a individui determinati. "La volontà del vecchio storico soggetto dell'autorità -- scrive Krabbe -- non è più di per sé vincolante; è necessario il concorso del parlamento. Nel parlamento però basta il concorso di una maggioranza cangiante, composta ora di queste ora di quelle persone; pertanto almeno l'esercizio dell'autorità spettante al parlamento non si trova più nelle mani di persone determinate" (76).

Di conseguenza, ad avviso di Krabbe, se la legge (che è ora provvedimento emanato dal parlamento) non è riferibile ad un soggetto determinato ma piuttosto ad un ente la cui composizione è mutevole, la norma si fa astratta e non può più trovare il suo fondamento in una manifestazione di volontà. Questo nuovo fondamento della legge, che si impone con il sorgere del regime parlamentare, ci sarebbe dato -- secondo Krabbe -- dalla coscienza giuridica di un popolo. Il fatto che il parlamento sia eletto fa sì che questa istituzione debba essere vista come l'organo della coscienza popolare, cosicché la legge trova in tale coscienza la sua fonte originaria di produzione. "Così compare all'orizzonte -- scrive il giurista olandese -- un fondamento del tutto nuovo della signoria della legge. Non la volontà di un'autorità, che si dà solo nell'immaginazione, ma la coscienza giuridica del popolo attribuisce alla legge la sua forza vincolante, la legge vale allora solo grazie al diritto, che si esprime in essa" (77). Krabbe, come si vede, distingue in maniera assai netta tra legge (*Gesetz*) e diritto (*Recht*). La prima è emanata dal legislatore, il secondo è il prodotto della coscienza giuridica del popolo. I due fenomeni giuridici non sono, però, indipendenti l'uno dall'altro: la legge è valida solo in quanto traduce il diritto, ne è un'espressione.

Per sviluppare ulteriormente la sua concezione del fenomeno giuridico, Krabbe muove nuovamente dalla critica delle teorie volontaristiche. Egli identifica due modi principali di atteggiarsi di tali teorie: (a) l'una deriva la validità del diritto da un potere originario di supremazia, ciò che Krabbe chiama *Obrigkeitsgewalt*, (b) l'altra dalla volontà dei consociati. Krabbe critica entrambe queste teorie: la prima, "perché manca nella realtà un'autorità, un soggetto col diritto di comandare" (78); la seconda, perché questa non tiene conto della funzione del diritto, che è quella di indirizzare la volontà dei consociati, sicché il diritto non può coincidere con la volontà di questi. Krabbe non accetta questa seconda teoria, "perché il diritto, che mira a piegare la volontà umana, non può trarre la sua validità da questa stessa



volontà" (79). Inoltre, entrambe le teorie volutaristiche, in un modo o nell'altro, non pongono -- secondo il giurista olandese -- il giusto accento sull'elemento dell'oggettività del diritto. La teoria che deriva la validità del diritto dalla volontà dei singoli individui finisce per espungere dalla nozione di diritto ogni elemento di oggettività. La teoria, invece, che fa derivare la validità del diritto dalla volontà dell'autorità (*Obrigkeit*) irrigidisce ossessivamente l'oggettività del diritto, a un punto tale che questo si fa totalmente indipendente dal sentimento popolare.

Qual è dunque la concezione del diritto sviluppata da Hugo Krabbe? Questa può comprendersi a partire dai due presupposti che secondo il giurista olandese sono necessari perché si possa parlare di validità del diritto. Il primo è che il diritto deve la sua validità ad un potere che sta al di fuori della volontà umana e possiede, pertanto, rispetto a tale volontà, una propria oggettività. Il diritto "deve la sua validità a un potere che si trova al di fuori del volere umano, e che quindi, rispetto a tale volontà, risulta oggettivo" (80). Il secondo presupposto è che il contenuto della norma si trova in rapporto con la natura spirituale dell'uomo, dato che esso è diretto a determinare la condotta dell'uomo. Per Krabbe, poi, due sono gli elementi che producono la validità del diritto, oltre i due presupposti appena menzionati: un elemento materiale ed uno formale.

L'elemento materiale è costituito dal fatto che il diritto è espressione della coscienza giuridica degli uomini: la "dottrina della sovranità del diritto -- scrive Krabbe -- rinviene l'obbligatorietà del diritto nella coscienza giuridica dell'uomo (*im Rechtsbewußtsein der Menschen*)" (81). L'elemento formale è costituito dalla capacità intrinseca del diritto come tale di vincolare gli individui a cui si rivolge. "L'obbligatorietà delle norme giuridiche risulta dal fatto che esse sono norme *giuridiche* (...) Non è necessario che l'obbligatorietà sia data loro solo dall'esterno, né ciò sarebbe possibile, giacché non esiste un'altra fonte di potere (*eine andere Gewaltsquelle*)" (82). La definizione di diritto valido data da Krabbe è perciò la seguente: "Diritto valido è dunque ogni norma generale o particolare, scritta o non scritta, la quale si radica (*wurzelt*) nel sentimento giuridico o nella coscienza giuridica dell'uomo" (83).

Da tale concezione discende che il potere politico si dà solo attraverso la mediazione del diritto. Il potere di comando è connesso alla capacità di produzione del diritto, ma di modo che sia il diritto a determinare il comando e non viceversa. "Da ciò segue -- scrive Krabbe -- che un comando vincolante può darsi solo per mezzo della produzione di *diritto*. Se si affida la realizzazione del diritto a una qualsiasi persona, questa allora riceve contemporaneamente il diritto di comandare, ma sempre nel senso che il comando, che



viene emanato, è una conseguenza del diritto che essa (quella persona) produce. Essa non detiene separatamente il diritto di comando, in maniera che una norma possa essere ora vincolante ora non vincolante. Con la norma che essa produce si comanda oppure si vieta, ma non si può, a piacimento, comandare e vietare oppure non comandare e vietare. Nel diritto e solo nel diritto risiede il potere (*Gewalt*); e viceversa: un dovere di obbedienza può essere fondato solo dal diritto" (84).

Se il diritto non coincide col potere politico, è allora concepibile -- secondo Krabbe -- che un provvedimento del potere politico sia antiggiuridico, vale a dire che una legge non sia diritto. "Una legge, che non poggi su questo fondamento (il sentimento o la coscienza giuridica di un popolo), *non* è diritto, essa manca di validità, anche se viene osservata volontariamente. Bisogna dunque riconoscere la possibilità che vi siano disposizioni di legge cui manchi il carattere di norma giuridica" (85). L'elemento della coazione, il fatto che una norma sia di fatto imposta coattivamente ai consociati, secondo Krabbe, non ci dice nulla sulla sua giuridicità. La coazione serve solo a *mantenere* la norma, ma non può *produrla*, ovvero attribuirle valore di disposizione giuridica (86).

## NOTE AL CAPITOLO PRIMO

- (1) N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico*, in AA.VV., *Ricerche politiche*, a cura di M. Bovero, Il Saggiatore, Milano 1982, p. 3.
- (2) *Politica*, 1292a 32-35 (trad. it. di R. Laurenti, Laterza, Bari 1983, p. 126).
- (3) Cito da brani riportati in appendice a G. FASSO', *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna 1966, p. 276.
- (4) In G. FASSO', *op. cit.*, pp. 283-304.
- (5) R. von GNEIST, *Englisches Verwaltungsrecht*, vol. 1, Springer, Berlin 1897, p. 454.
- (6) H. BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, vol. 2, a cura di G. E. Woodbine, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1968, p. 33.
- (7) T. HOBBS, *De Cive*, VI, 9 (trad. it. di T. Magri, Editori Riuniti, Roma, p. 133).
- (8) *Ibidem*.
- (9) T. HOBBS, *Leviathan*, Part II, chap. XXVI (ed. a cura di C. B. MacPherson, Penguin, Harmondsworth 1982, p. 312).
- (10) T. HOBBS, *Behemoth*, trad. it. a cura di O. Nicastro, Laterza, Bari 1979, p. 59.
- (11) T. HOBBS, *De Cive*, VI, 14, (trad. it. cit., p. 138).
- (12) *Ibidem*. Cfr. anche *De cive*, XIII, 4.
- (13) T. HOBBS, *Leviathan*, Part II, Chap. XXVI, ed. cit. a cura di C. B. MacPherson, p. 313.
- (14) W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, A Facsimile of the First Edition of 1765-1769, vol. 1, *Of the Rights of Persons* (1765), with an Introduction by S. N. Katz, The University of Chicago Press, Chicago and London 1979, p. 38.
- (15) J. BENTHAM, *The Limits of Jurisprudence Defined*, Everett, New York 1945, p. 88.
- (16) J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld & Nicolson, London 1954, p. 1.
- (17) *Ibidem*.
- (18) *Ivi*, p. 17.
- (19) *Ibidem*.
- (20) *Ivi*, p. 23.
- (21) *Ivi*, p. 194. Corsivi nel testo.
- (22) *Ivi*, pp. 253-254.
- (23) *Ivi*, p. 24. Corsivi nel testo.
- (24) *Ivi*, p. 254. Corsivo nel testo.
- (25) *Ivi*, p. 255.
- (26) *Ivi*, p. 24.

- (27) Vedi M. SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Stuber, Würzburg 1873, in particolare pp. 1-18.
- (28) C. BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, C. Heymann, Berlin 1896, p. 9.
- (29) Ivi, p. 11.
- (30) *Ibidem*.
- (31) Ivi, pp. 11-12.
- (32) G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. di G. Vitagliano, S. E. L., Milano 1912, p. 11.
- (33) Ivi, p. 214.
- (34) Su questa, cfr. S. COTTA, *Prospettive filosofiche del diritto*, III ed. riveduta e ampliata, Giappichelli, Torino, 1979, p. 48 ss.
- (35) G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. cit., p. 214..
- (36) Vedi L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, T. 1, Fontemoing, Paris 1901, p. 107 ss.
- (37) R. von IHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it. parziale a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1972, p. 242.
- (38) *Ibidem*.
- (39) Ivi, p. 244.
- (40) Ivi, pp. 244-245.
- (41) Vedi R. CARRE' DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. 1, Sirey, Paris 1920, pp. 231-232.
- (42) J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, XI, 135 (trad. it. di L. Formigari, Editori Riuniti, Roma 1974, p. 150). "Ciò che rende inaccettabile lo stato di natura, per Locke -- scrive Norberto Bobbio --, non è il fatto che non vi siano leggi (lo stato di natura è quello stato in cui vigono le leggi naturali), ma il fatto che, qualora una legge naturale sia violata, manca l'organo adatto per farla rispettare o per punire il colpevole" (N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino 1987, p. 210).
- (43) J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, XI, 134 (trad. it. cit., p. 148). Sulla teoria contrattualistica di Locke, interessanti osservazioni sono quelle di P. KOLLER, *Neue Theorien des Sozialkontrakts*, Duncker & Humblot, Berlin 1987, p. 19 ss.
- (44) J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, XI, 134 (trad. it. cit., p. 149).
- (45) Ivi, XI, 137 (trad. it. cit., p. 152).
- (46) Ivi, XVIII, 199 (trad. it. cit., p. 196).
- (47) *Ibidem*.
- (48) W. GODWIN, *Enquiry Concerning Political Justice and Its Influence on Modern Morals and Happiness*, a cura di I. Kramnick, Penguin, Harmondsworth 1976, Book II, Chap. V., p. 196.
- (49) Ivi, p. 197.
- (50) *Ibidem*.



- (51) T. PAINE, *Rights of Man*, Part Two, a cura di H. Collins, Penguin, Harmondsworth 1969, p. 207.
- (52) Ivi, p. 213.
- (53) Su queste, cfr. G. TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Athenäum, Frankfurt am Main 1971.
- (54) Vedi F. NEUMANN, *Mutamenti della funzione della legge*, in F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, trad. it. di G. Sivini, Il Mulino, Bologna 1973, in particolare pp. 252-253.
- (55) F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, trad. it. di N. Baccianini, Feltrinelli, Milano 1977, pp. 393-394.
- (56) Ivi, p. 394.
- (57) Ivi, p. 399.
- (58) Ivi, p. 394. Può essere interessante ricordare che è questo il punto teorico su cui si impenna un dibattito tra Ernst Forsthoff e Wolfgang Abendroth nella Germania federale degli anni Sessanta. La questione in ballo era come fondare la legittimità dello Stato sociale che si era profilato all'orizzonte con la nuova costituzione federale tedesca (il *Grundgesetz*) del 1948. Mentre Forsthoff si affida alle virtù della legge generale ed astratta, ritenendo che questa abbia intrinseche potenzialità legittimanti e quindi raccomanda che i provvedimenti dello Stato sociale siano incanalati entro le forme della legge in senso liberale-formale; Abendroth si rivolge, per trovare dei garanti della legittimità del diritto, ai soggetti e alle procedure di emanazione della legge, e non alle proprietà logiche di questa. In merito, cfr. quanto dice Habermas in *Tanner Lectures on Human Values*, vol. 8, University of Utah Press, Salt Lake City 1988, p. 217 ss.
- (59) F. NEUMANN, *op. ult. cit.*, p. 403.
- (60) Ivi, p. 408. La traduzione italiana è stata da me lievemente modificata. Su questa posizione di Neumann, cfr. W. LUTHARDT, *Unrechtsstaat oder Doppelstaat? Kritisch-theoretische Reflektionen über die Struktur des Nationalsozialismus aus der Sicht demokratischer Sozialisten*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, a cura di H. Rotthleuthner, Steiner, Wiesbaden 1983, p. 197 ss.
- (61) Sono interessanti, a questo proposito, alcune annotazioni di Hugo Krabbe: "Il potere dello Stato, secondo Mamenbrecher, è irresistibile, impalpabile, sacro; Otto Mayer parla dell' "incondizionato strapotere dell'autorità statale", della "capacità dello Stato di una volontà giuridicamente predominante"; Jellinek dell' "incondizionata affermazione della propria volontà rispetto agli altri"; Laband del dominio (*Herrschaft*) come dello "specifico privilegio dello Stato" (H. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, II edizione, Nijehoff, Haag 1919, p. 6. In merito, cfr. anche H. KRABBE, *Die Lehre der Rechtssouveränität. Beitrag zur Staatslehre*, Wolters, Groningen 1906, pp. 2-3).

(62) Esempio illustre di un tale modo di concepire il diritto è quello di Vittorio Emanuele Orlando, che afferma: "In uno Stato progredito, fonte principale del diritto è la *legge*, cioè la dichiarazione di una norma giuridica fatta con segni esterni e rivestita di un impero assoluto dalla competente autorità dello Stato" (V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, V ed., Barbera, Firenze 1909, p. 50. Corsivo nel testo).

(63) Il "realismo" di cui parte della dottrina giuspositivistica si piccadi essere portatrice va riferito, piuttosto che al concetto di "realtà", a quello di "re", se è vero, come è vero, che esso si riduce a riproporre l'antica massima *rex facit legem*.

(64) L. MICHOD, *La théorie de la responsabilité morale et son application au droit français*, II ed., T. II, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris 1924.

(65) Su questo punto vedi le osservazioni di Otto Hintze, in O. HINTZE, *Wesen und Wandlung des modernen Staats*, ora in O. HINTZE, *Stato e società*, trad. it. di P. Schiera, Zanichelli, Bologna 1980, p. 144.

(66) L. Michoud, *op. cit.*, pp. 53-54.

(67) Ivi, p. 54.

(68) Ivi, p. 55.

(69) Proprio per evitare queste possibili implicazioni della dottrina che concepisce il potere legislativo come mero "organo" dello Stato, e quindi -- almeno idealmente -- subordinato ad esso, certa dottrina giuridica nazista esclude con decisione che il *Führer* sia "organo" (in senso giuridico). In merito, vedi quanto scrive uno dei più radicali giuristi nazisti, R. HÖHN, *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1935, pp. 10-11, pp. 75-77.

(70) L. MICHOD, *op. cit.*, p. 56.

(71) Ivi, pp. 57-58.

(72) Ivi, p. 57.

(73) H. KRABBE, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, cit., p. 5.

(74) Vedi H. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, cit., p. 2.

(75) Ivi, p. 40.

(76) Ivi, p. 7.

(77) Ivi, pp. 7-8. Corsivo nel testo.

(78) Ivi, p. 47.

(79) *Ibidem*.

(80) Ivi, p. 48.

(81) H. KRABBE, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, cit., p. 187.

(82) Ivi, pp. 1187-1188. Corsivo nel testo.

(83) H. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, cit., p. 41.

(84) H. KRABBE, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, cit., p. 188. Corsivo nel testo.



- (85) H. KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, cit., p. 50. Corsivo nel testo.  
(86) Cfr. *ivi*, p. 51.

## CAPITOLO SECONDO

### EXCURSUS: LA TRADIZIONE MARXISTA

Sommario: 1. Premessa - 2. I padri fondatori: Marx e Engels - 3. Il diritto come forma dello scambio: Pasukanis - 4. Il diritto come riflesso dei rapporti di produzione: Stučka - 5. Il diritto come volontà della classe dominante: Vysinskij - 6. Diritto, potere e regime totalitario.

#### 1. Premessa

La teoria marxista del diritto e dello Stato, pur nella sua essenzialità, o forse proprio grazie a questa, è capace di offrirci un "paradigma" di stringente chiarezza riguardo al nesso tra diritto e potere che qui ci interessa. Così, prima di passare a sviluppare l'argomento centrale di queste pagine, non mi pare ozioso, nel breve spazio di un *excursus*, trattare di questa tradizione di pensiero.

L'intento di questo capitolo è, dunque, quello di tracciare un quadro (sommario, ma -- spero -- non superficiale) del modo marxista (e in particolare sovietico) di pensare il diritto, con speciale attenzione alla concezione della relazione intercorrente tra diritto e potere. Per fare ciò è necessario innanzitutto andare alle radici di quell'atteggiamento ed esaminarne le fonti teoriche.

Comincerò, pertanto, a tracciare rapidamente un profilo del pensiero di Marx sul tema del diritto. Poi, mi occuperò dei due maggiori teorici del diritto sovietici dell'epoca immediatamente successiva alla rivoluzione dell'ottobre del 1917: Stučka e Pašukanis. Passerò ad esaminare l'evoluzione del pensiero giuridico sovietico nell'opera di Vysinskij, la quale riflette bene le esigenze del regime staliniano. Qualche prima conclusione sulla questione del rapporto tra fenomeno giuridico e potere politico potrà essere tratta alla fine di questo percorso.

#### 2. I padri fondatori: Marx e Engels

Si può certo discutere se il pensiero di Marx sia stato correttamente interpretato dai suoi epigoni sovietici, e se gli auspici del filosofo tedesco, il suo fondamentale progetto di una società nuova, abbiano trovato realizzazione nella costituzione dell'Unione Sovietica. Tuttavia, è certo che a Marx e ad



Engels Lenin e i suoi seguaci si sono costantemente richiamati. Esula dal compito che mi sono prefisso esaminare se quel richiamo fosse fedele.

Nell'opera di Marx (e di Engels, poiché io ritengo, contrariamente a quanto fa qualche studioso, ma concordemente alla maggioranza degli specialisti, che tra il pensiero dei due non esistano fondamentali punti di divergenza (1)), possiamo individuare tre principali definizioni del diritto. Queste sono:

1. il diritto è forma, mediazione (ovvero *alienazione*);
2. il diritto è un momento, uno spazio circoscritto della sovrastruttura (ovvero è *ideologia*);
3. Il diritto è volontà della classe dominante (ovvero il diritto è *potere politico*).

La prima definizione corrisponde al primo stadio (e al nucleo centrale) del pensiero marxiano, che si abbevera di Hegel e di Feuerbach, là dove la critica della società borghese è centrata sul concetto di alienazione (*Entfremdung*) e di cosificazione (bene espresso dal verbo tedesco *sich verdingen*, che significa lavorare al servizio di qualcuno, e che ha come propria radice la parola *Ding*, *cosa* in lingua italiana). Secondo questa concezione, il diritto è in particolare la forma dello scambio tra equivalenti. Il diritto si fa possibile grazie alla scissione tra valore di scambio e valore di uso, che è scissione anche tra forma e sostanza, e che a livello sociologico verrà definita in seguito la scissione tra "società" (*Gesellschaft*) e "comunità" (*Gemeinschaft*). "Le merci non possono andarsene da sole al mercato e non possono scambiarsi da sole (...) Per riferire l'una all'altra queste cose come merci, i tutori delle merci debbono comportarsi l'uno di fronte all'altro come *persone* la cui volontà risieda in quelle cose (...) Quindi i possessori di merci debbono riconoscersi, reciprocamente, quali *proprietari privati*. Questo *rapporto giuridico*, la cui forma è il *contratto*, sia o no svolta in forme legali, è un *rapporto di volontà* nel quale si rispecchia il rapporto economico" (2). Questa concezione del diritto è -- come si vede -- mantenuta nelle opere del Marx maturo, sebbene mista ad elementi tratti dall'economia politica inglese (in particolare da Ricardo).

La seconda definizione è nel cuore stesso della teoria di Marx. Come è ben noto, per Marx la storia è il prodotto dei rapporti di produzione, i quali determinano la natura delle altre sfere dell'attività umana. "Il primo lavoro intrapreso per sciogliere i dubbi che mi assalivano fu una revisione critica della filosofia del diritto di Hegel (...) La mia ricerca arrivò alla conclusione che tanto i rapporti giuridici quanto le forme dello Stato non possono essere comprese né per se stesse, né per la cosiddetta evoluzione generale dello spirito umano, ma hanno le loro radici, piuttosto, nei rapporti materiali dell'esistenza il cui complesso viene abbracciato da Hegel, seguendo l'esempio degli inglesi e dei francesi del secolo XVIII, sotto il termine "società civile";

e che *l'anatomia della società civile è da cercare nell'economia politica*" (3). I rapporti di produzione, secondo Marx, determinano la stessa volontà dell'uomo. Questa, così, perde il suo carattere di arbitrio, o di indeterminatezza, e si caratterizza come una sorta di riflesso delle necessità produttive e dello sviluppo delle forze di produzione. Il diritto, secondo questo modo di pensare, si colloca, insieme alla politica, alla religione, all'arte, in uno spazio detto da Marx *sovrastruttura*, il quale è determinato dai rapporti di produzione, detti *struttura*, della società.

La terza definizione tende ad annullare la distanza tra diritto e politica, e riduce il diritto alla figura del potere: "Il vostro diritto è solo la volontà della vostra classe elevata a legge" (4). Secondo questa concezione, il diritto è uno dei tanti mezzi che la classe dominante utilizza per mantenersi al potere. Tra questi mezzi, il posto del diritto viene giudicato particolarmente importante perché ad esso viene attribuita la funzione di mascherare la dose di violenza che è insita nell'attività della classe dominante. Tramite il diritto, cioè, il potere riuscirebbe a rivestirsi di un manto di legalità, e quindi in certa misura di giustizia. In questo senso, il diritto è ideologia in senso stretto, oltre ad esserlo in senso lato in quanto elemento della sovrastruttura. Il diritto, cioè, sarebbe ideologia non solo (a) in quanto sovrastruttura, ma anche (b) in quanto falsa coscienza.

Si potrebbe sostenere che quest'ultima concezione incentrata sulla nozione di volontà sia in contraddizione con la concezione del diritto come sovrastruttura, e quindi come determinazione (risultato) cogente dei rapporti di produzione, o meglio delle forze produttive. Ma la contraddizione è solo apparente. Le due concezioni sono tra loro complementari e l'una rimanda all'altra. Il diritto è una sovrastruttura e le sovrastrutture si compongono eminentemente di manifestazioni di volontà. I rapporti di classe dominanti (struttura) determinano la volontà della classe dominante (sovrastruttura).

La volontà della classe dominante non è libera. Essa è il risultato necessario dei rapporti di produzione dominanti. Essa non può che darsi nel modo in cui si dà. "La vita materiale degli individui, che non dipende affatto dalla loro pura "volontà", il loro modo di produzione e la forma di relazioni che si condizionano a vicenda, sono la base reale dello Stato e continuano ad esserlo in tutti gli stadi nei quali sono ancora necessarie la divisione del lavoro e la proprietà privata, del tutto indipendentemente dalla *volontà* degli individui. Questi rapporti reali non sono affatto creati dal potere dello Stato; essi sono piuttosto il potere che crea quello. Gli individui che dominano in questi rapporti -- a parte il fatto che il loro potere deve costituirsi come Stato -- devono dare alla loro volontà condizionata da questi rapporti determinati un'espressione universale sotto forma di volontà dello Stato, di legge: espressione il cui



contenuto è sempre dato dai rapporti di questa classe" (5). *"Non si dirà dunque che lo Stato esiste in virtù della volontà dominante, ma che lo Stato sorto dal modo di esistenza materiale degli individui ha anche la forma di una volontà dominante"*(6).

La contraddizione si compone come segue: il diritto ha le sue origini, trae la sua sostanza, dai rapporti di produzione e si manifesta come volontà della classe dominante. Quest'ultima -- la volontà -- non è che la forma (giuridica) di cui si rivestono gli interessi di classe (della classe dominante) che emergono dal processo di sviluppo delle forze produttive.

Queste tre concezioni ((a) diritto come forma, (b) diritto come ideologia, (c) diritto come volontà della classe dominante) presenti nel pensiero marxiano saranno riprese rispettivamente dai tre più noti teorici del diritto sovietici: Pašukanis, Stučka e Vyšinskij. Di ciò ci occuperemo nel paragrafo seguente.

### *3. Il diritto come forma dello scambio: Pašukanis*

Dei tre più noti teorici del diritto sovietici, Pašukanis è certamente quello che aveva vera stoffa di teorico e che ha sviluppato una teoria del diritto, discutibile quanto si vuole, ma frutto di riflessione e non priva di originalità. Stučka e Vyšinskij, e in misura preponderante quest'ultimo, sono piuttosto dei propagandisti. A Pašukanis si può invece riconoscere la statura del pensatore.

Pašukanis riprende la prima concezione marxiana del diritto, sviluppa cioè quella che è la critica più radicale che Marx fa al fenomeno giuridico. Ciò riflette, in certa misura, il clima politico nel quale questo autore scrive: il periodo rivoluzionario leninista in cui il fervore rivoluzionario è ancora acceso. In pratica, la concezione del diritto di Pašukanis conduce alla decisa negazione del diritto come elemento della società senza classi, e quindi si sostanzia nell'affermazione che la permanenza del fenomeno giuridico anche nella società post-rivoluzionaria tradisce una sopravvivenza di elementi borghesi, di elementi ancora vivi della vinta società capitalistica. Tale concezione, ovviamente, si traduce politicamente in un programma estremista per ciò che concerne la via che la nuova società deve seguire per la realizzazione piena del socialismo. Ciò significava anche affrettare i tempi del trapasso alla fase cosiddetta del comunismo e quindi rendere meno stabile e meno lungo possibile il periodo di transizione al comunismo.

Ma qual è il concetto di diritto che ci dà Pašukanis? Questi ritiene elemento fondante della società capitalistica lo scambio di equivalenti e vede il diritto

come la forma di tale scambio. Tutti i concetti giuridici sono spiegati da Pašukanis attraverso la nozione chiave di scambio di merci. Così, ad esempio, il concetto di soggetto giuridico viene spiegato con il sorgere della figura del proprietario capitalista, che per i suoi traffici ha bisogno di una ampia sfera di autonomia. Per la prima volta nella storia umana, secondo Pašukanis, l'individuo si presenta come indipendente dalla società, come soggetto astratto. Su tale figura si basa -- a suo avviso -- il concetto di soggetto giuridico. Sulla compravendita, sullo scambio di merci tra proprietari capitalisti, si basa il concetto di rapporto giuridico.

Scrivendo Pašukanis rispondendo alle critiche di Stučka: "Effettivamente io ho affermato e continuo ad affermare che la mediazione giuridica più sviluppata, più vasta e compiuta, viene generata dai rapporti di produzione mercantili; che di conseguenza ogni teoria generale del diritto e ogni "giurisprudenza pura" è una unilaterale descrizione dei rapporti tra gli uomini che operano sul mercato come possessori di merci, astratta da tutte le altre condizioni" (7).

Pašukanis è ossessionato dall'idea di scambio e di merce. Attorno a questi concetti egli costruisce tutta la realtà sociale. La stessa economia, che per un buon marxista è lo spazio sociale privilegiato, si costruisce per il giurista sovietico a partire dallo scambio. Infatti "l'economia si differenzia come specifica sfera di rapporti con la comparsa dello scambio. Prima di allora i rapporti di valore sono assenti e con difficoltà l'attività economica può distinguersi dall'insieme delle funzioni vitali con le quali appunto essa costituisce un tutto organico" (8).

Si giunge al parossismo quando Pašukanis spiega l'esistenza e le categorie del diritto penale attraverso questo diabolico fenomeno dello scambio. Fenomeno maledetto, che ha rotto la naturale totalità della comunità organica dove l'individuo come tale non emergeva se non come appendice del tutto, e ha dato vita al soggetto, al singolo, il quale come tale è per Pašukanis sinonimo di proprietario e di capitalista.

Vediamo, dunque, come Pašukanis articola la sua teoria nello specifico campo del diritto penale.

(1) Il delitto è una specie del genere scambio. "Il delitto può considerarsi come una varietà specifica dello scambio nella quale il rapporto contrattuale si ins-taura *post factum*, vale a dire dopo un'azione arbitraria di una delle parti" (9).

(2) Il diritto penale è una specie della forma della società borghese; il contenuto è dato dallo scambio di equivalenti. "Il diritto penale è (...) parte integrante della sovrastruttura giuridica in quanto incarna una varietà della forma



fondamentale della società moderna: la forma di equivalente con tutte le sue inferenze. L'attuarsi di questo rapporto di equivalenza nel diritto penale è un aspetto del costituirsi di uno Stato giuridico come forma ideale di relazione fra possessori di merci indipendenti ed eguali che si incontrano sul mercato" (10).

(3) Il processo penale è una forma parallela alla forma del contratto, in cui le parti sono il pubblico ministero e l'imputato. "Lo sdoppiamento per il quale la medesima autorità statale opera come parte (pubblico ministero) e come giudice mostra che il processo penale, come forma giuridica, è inseparabile dalla figura del danneggiato che esige una "retribuzione", e quindi è inseparabile dalla più generale forma del contratto" (11).

(4) I codici penali non sono altro che le condizioni generali del rapporto di scambio (contratto) tra Stato e delinquente.

Insomma, il rapporto dello Stato col delinquente è un rapporto di scambio, e non una relazione di soggezione del delinquente allo Stato. "In una parola, lo Stato imposta il suo rapporto con il delinquente come uno scambio commerciale di buona fede: sta qui il significato delle garanzie processuali penali" (14).

Accade alla teoria del diritto di Pašukanis ciò che affligge cronicamente la storiografia marxista: la perdita della capacità di comprensione e di spiegazione del reale. Se, infatti, tutto, ogni fenomeno, è riportato ad un unico elemento, ad un'unica causale, ad un unico, "noumeno" (lo scambio, i rapporti di produzione), viene smarrito ciò che distingue un fenomeno da un altro fenomeno. Tutto è uguale a tutto, e il tutto non è che quell'unico "noumeno" (lo scambio, i rapporti di produzione). Così, nella storiografia marxista, là dove si cerca di spiegare la storia del pensiero politico, e si dice che, poniamo, Hobbes è l'ideologo della borghesia, e poi che Locke è l'ideologo della borghesia, e poi che Rousseau è l'ideologo della borghesia e così via, è conseguente l'indistinzione tra Hobbes, Locke e Rousseau. Anzi Hobbes uguale Locke uguale Rousseau. Parimenti, nell'ambito della teoria del diritto, se il diritto è scambio, se la pena è scambio, se il processo è scambio, e se i codici sono scambio, avremo che il delitto è uguale alla pena che è uguale al processo che è uguale ai codici. Tutto è uguale a tutto, e il tutto è uguale allo *scambio*.

#### 4. Il diritto come riflesso dei rapporti di produzione: Stučka

Dal punto di vista teorico l'opera di Stučka è meno interessante. Il suo libro più noto, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato* (1921), è in gran parte un libro di storia delle istituzioni politiche e giuridiche, con particolare

attenzione alle strutture economiche di ciascuna epoca storica. Mentre Pašukanis, sebbene per negarla, intendeva muoversi all'interno della teoria del diritto, la dimensione propriamente giuridica sfugge a Stučka.

Nondimeno, la definizione di questo autore incentrata sulla nozione di "interesse di classe" prepara, come ha notato acutamente Umberto Cerroni (14), il cammino al normativismo e allo statalismo di Vyšinskij. La formula adottata da Stučka è quella stessa pubblicata nei "Principi direttivi del diritto penale della RSFSR" (1919) ed è la seguente: "Il diritto è un sistema (o ordinamento) di rapporti sociali corrispondenti agli interessi della classe dominante e tutelato dalla forma organizzata di questa classe" (15). Come si vede, questa definizione si rifà alla concezione marxiana del diritto come riflesso dei rapporti di produzione, e più in particolare dell'interesse della classe che risulta dominante all'interno di un dato storico modo di produzione.

Questa definizione, apparentemente economicistica, è più lontana da quella di Pašukanis che dal volontarismo di Vyšinskij. Ciò per due motivi essenziali. (a) Nella sua formulazione, questa definizione rimanda esplicitamente al momento statale come elemento costitutivo del fenomeno giuridico. L'interesse di classe, che compone il fenomeno giuridico, è tale in quanto è "tutelato dalla forza organizzata di questa classe". (b) Stučka connette il fenomeno giuridico ai rapporti di produzione e all'interesse di classe in generale, non ad un particolare rapporto di produzione o ad un particolare interesse di classe. Così, viene affermata, in un certo senso, l'"eternità" del fenomeno giuridico, la sua presenza in ogni epoca storica, e quindi *anche* nella società socialista.

Mentre sul primo punto (a) non vi è incolmabile disaccordo con Pašukanis, sul secondo (b) il conflitto è aperto. Stučka, così, rimprovera a Pašukanis di riconoscere l'esistenza del diritto soltanto nella società borghese (16).

Mentre Stučka, e poi soprattutto Vyšinskij, si sforzano di costituire un diritto socialista, Pašukanis denuncia tale tentativo come contraddittorio, almeno secondo un punto di vista strettamente marxista. "Marx (...) -- egli scrive -- concepiva il passaggio al comunismo sviluppato non come passaggio a nuove forme di diritto, ma come estinzione della forma giuridica in generale" (17). Per Pašukanis "diritto" e "comunismo" sono termini inconciliabili. La transizione al comunismo comporta, secondo questa ottica, la progressiva estinzione del diritto, e non l'elaborazione di un nuovo diritto, di un diritto socialista. Per Pašukanis il diritto è, infatti, come abbiamo visto sopra, irrimediabilmente connesso allo scambio di merci, cioè a quello che egli ritiene essere il movimento intrinseco della società borghese.

Rispondendo a coloro che cercano di costruire un "diritto proletario", così scrive Pašukanis: "Rivendicando al diritto proletario nuovi concetti ordinatori, questo orientamento sembra essere rivoluzionario *par excellence*. In ef-



fetti, però, esso proclama la immortalità della forma giuridica giacché tende a sottrarre questa forma a quelle condizioni storiche determinate che ne determinarono la piena fioritura e a dichiararla capace di un perpetuo rinnovamento. La scomparsa delle categorie del diritto borghese (proprio delle categorie, non già di queste o quelle prescrizioni) non significa affatto la loro sostituzione con nuove categorie di un diritto proletario così come la scomparsa delle categorie del valore, del capitale, del profitto ecc. con il passaggio allo stadio di un socialismo sviluppato non significherà la comparsa di nuove categorie proletarie del valore, del capitale, della rendita e via dicendo. In quelle condizioni la scomparsa delle categorie del diritto significherà l'estinzione del diritto in generale, vale a dire la graduale scomparsa del momento giuridico nei rapporti umani" (18).

Le implicazioni politiche della posizione di Pašukanis sono evidenti: il comunismo si costruisce indebolendo, non rafforzando, la macchina giuridica e statale. Una tale concezione non poteva non entrare in rotta di collisione col processo di sviluppo dello Stato socialista, che era ben lungi dall'"estinguersi". In particolare, la teoria di Pašukanis risulta inaccettabile per lo stalinismo, il quale afferma che lo Stato si "estinguerà" solo quando esso avrà raggiunto la sua massima estensione e potenza.

### *5. Il diritto come volontà della classe dominante: Vyšinskij*

Vyšinskij è tutt'altro che un teorico. Fu egli che, come Procuratore generale dell'URSS, negli anni che vanno dal 1935 al 1939 rappresentò l'accusa nei processi che servirono a Stalin per imporre e legittimare il suo regime di terrore e per sbarazzarsi di ogni concorrente alla gestione del potere. Pertanto, nessuno meglio di questa cupa figura di accusatore poté enunciare la concezione stalinista del diritto. La rilevanza di questo giurista (ma questo termine mal si attaglia all'opera di Vyšinskij) è, quindi, più che nell'originalità del suo pensiero, nella fedeltà con la quale egli seppe dar voce, sullo specifico terreno della teoria del diritto, al lucido delirio dell'Egocrate.

La dottrina di Vyšinskij si compone essenzialmente di due affermazioni generali:

(a) Il socialismo è stato realizzato e lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo abolito nello Stato sorto dalla rivoluzione dell'ottobre 1917 e consolidato sotto la direzione di Stalin. "Sulla base della dottrina di Marx-Engels-Lenin-Stalin è stata costruita una nuova società, la società socialista, e sono stati sanzionati e consolidati rapporti sociali nuovi, socialisti, liberi dallo sfruttamento, dalle crisi e dalla disoccupazione, dalla miseria e dall'oppressione

delle masse popolari" (19). Egli, pertanto, inneggia alla "luminosa epoca staliniana del socialismo fiorente" (20).

(b) Il socialismo non esclude la forma giuridica, né la forma statale. Questa affermazione avrebbe potuto essere condivisa da Marx (che in questo senso si esprime nella *Critica del programma di Gotha*) e da Lenin (21). Ma sia per Marx che per Lenin -- ma più per il primo che per il secondo -- il diritto è nella società socialista un residuo del passato regime capitalistico, un segno (e un prodotto) dell'immaturità della fase del socialismo (retto ancora dal principio "a ciascuno secondo il proprio lavoro") rispetto alla fase finale del comunismo (in cui il diritto si estingue insieme allo Stato), un marchio d'incompletezza nel processo di liberazione dell'uomo. Lenin, ad esempio, scrive che "non si può pensare, senza cadere nell'utopia, che appena rovesciato il capitalismo gli uomini imparino, dall'oggi al domani, a lavorare per la società *senza alcuna norma giuridica*; d'altronde, l'abolizione del capitalismo *non dà subito* le premesse economiche per un *tale* cambiamento. E non vi sono altre norme, all'infuori di quelle del "diritto borghese" (22).

Vyšinskij, pur rifacendosi a Lenin e a Marx, sposta il punto in cui è posto l'accento nelle teorie di questi. Mentre Marx e Lenin vedono il diritto come un elemento contraddittorio in una società socialista, e lo tollerano piuttosto come una necessità (un male necessario), Vyšinskij capovolge questa posizione e parla del diritto nella società socialista come di un elemento non solo necessario ma anche positivo e costruttivo. Il diritto del socialismo in Marx e Lenin è "diritto borghese", in Vyšinskij diviene diritto *socialista*, che ha col diritto borghese delle lontane formali assonanze. Scrive in proposito questo autore: "E' utopismo pensare alla possibilità di fare a meno del diritto nella prima fase del comunismo, nella dittatura del proletariato. Il diritto è ancora necessario. Il diritto del periodo di transizione è diverso in linea di principio dal "diritto borghese", sebbene abbia con quello qualcosa in comune in forza dell'origine storica o dello sviluppo storico (questo sottolineano appunto Marx e Lenin quando parlano del diritto del periodo di transizione come di un diritto ancora "borghese"), e svolge una grande funzione creativa ed organizzativa. Esso è già un diritto nuovo: diritto di un periodo di transizione, diritto socialista generato dalla dittatura proletaria" (23).

D'altra parte, per giustificare la persistenza e la crescita della forma giuridica e la tesi della positività di tale fenomeno, Vyšinskij si richiama alla teoria staliniana dell'"accerchiamento capitalistico" e del "socialismo in un solo paese". Stalin, per giustificare la persistenza dell'apparato statale e la sua niente affatto declinante vitalità in regime socialista, aveva sostenuto che la tesi dell'estinzione dello Stato era legata in Marx ed Engels alla concezione di una rivoluzione su scala planetaria, ed essendosi invece impiantato il regime socialista in un solo paese, e dunque essendo quest'ultimo circondato da



regimi ostili, era assolutamente necessario, vitale, dotare la società socialista di un potentissimo apparato di difesa contro i nemici esterni ed interni. E tale apparato di difesa non poteva che essere garantito da un'efficace e vasta organizzazione statale (24). "Lo Stato socialista, finché sarà accerchiato da Stati capitalistici, rimarrà un vero Stato. L'ultima fase del comunismo -- la società senza Stato -- non può essere raggiunta fino a che la rivoluzione mondiale non abbia distrutto almeno la maggior parte degli Stati capitalistici" (25). Kelsen commenta: "Così, il fine ultimo del comunismo sembra rinviato a un futuro così lontano, che davvero non vale la pena di esaminare seriamente la questione se sia realmente possibile una società senza Stato" (26).

Vyšinskij, perciò, si batte contro le tendenze marxiste strettamente ortodosse (Stučka) e contro quelle radicali (Pašukanis), per affermare il valore della legalità socialista. Su ciò, prima di procedere oltre e di passare alle critiche di Vyšinskij a Stučka e Pašukanis, vorrei soffermarmi brevemente. Quando Vyšinskij parla di legalità socialista, non intende dire che la dittatura del proletariato è limitata dalla legge, ma soltanto che tale dittatura utilizza lo specifico strumento giuridico (inteso nel senso marxiano di violenza organizzata). "La dittatura del proletariato -- scrive il giurista sovietico -- assolve ai compiti della rivoluzione proletaria anche con l'ausilio del diritto e di misure definite dalla legge, per il tramite degli organi amministrativi e giudiziari. *La dittatura del proletariato è un potere non limitato da alcuna legge*, ma, creando proprie leggi, essa se ne avvale" (27).

Veniamo, dunque, alle critiche che Vyšinskij rivolge a Stučka e a Pašukanis. Stučka è criticato in quanto portatore di una visione economicistica che elimina (o riduce) l'elemento volontaristico e normativistico del diritto, elemento che secondo Vyšinskij è invece quello che caratterizza il fenomeno giuridico. "Stučka sostiene (...) che i rapporti giuridici sono i rapporti di produzione stessi e che, quindi, il diritto è la forma di questi rapporti" (28).

Vyšinskij esalta il carattere sovrastrutturale del diritto, non nel senso di Stučka che punta sull'affermazione che la sovrastruttura dipende dalla struttura, ma invece dando maggior accento all'affermazione che la sovrastruttura è differente dalla struttura, che non coincide con questa, e che quindi è rispetto ad essa un'altra cosa. La conclusione è la seguente: "Questa concezione del diritto - scrive Vyinskij a proposito della teoria di Stučka - contraddice chiaramente al marxismo, secondo cui il diritto è la volontà della classe dominante innalzata a legge, secondo cui il diritto è una delle sovrastrutture che si costituiscono al di sopra dei rapporti di produzione che formano la struttura economica della società" (29). Anche se i rapporti giuridici dipendono da quelli economici, ciò non vuol dire che i primi si

identificano con i secondi: "Egli dice che "i rapporti di produzione degli individui (...) devono parimenti esprimersi come rapporti politici e giuridici". Ma da ciò non segue che fra gli uni e gli altri si possa porre un segno di eguaglianza come fa P. I. Stučka" (30).

La critica a Stučka non è meramente dottrinale, ma ha una rilevante valenza politica. Stučka sosteneva la tesi ortodossa, quella del carattere borghese del diritto nella società socialista. Conseguentemente, per questo autore, il diritto, nella società socialista, anziché rafforzarsi avrebbe dovuto progressivamente estinguersi. Contro ciò si scaglia Vysinskij, contro la tesi di Stučka secondo cui i codici sovietici sarebbero "concessioni al diritto borghese" (31).

Verso Pašukanis Vyšinskij è molto più violento; contro di lui si sprecano gli attributi di "spia", "sabotatore", "traditore". D'altra parte, non va dimenticato che Pašukanis è scomparso, fucilato probabilmente, nel corso delle sanguinose purghe staliniane. Pašukanis è combattuto per il radicalismo della sua dottrina, la quale, in maniera più decisa di quanto faccia Stučka, afferma il carattere intrinsecamente borghese del diritto. Per Pašukanis, come abbiamo visto sopra, il fenomeno giuridico corrisponde essenzialmente alla fase borghese dello sviluppo storico, di modo che egli esclude nettamente che possa parlarsi di "diritto socialista". Tale dottrina, evidentemente, cozza con le esigenze del regime staliniano, il quale non si pone più il problema dell'estinzione dello Stato ma quello del suo potenziamento, di legittimarsi come regime socialista, e di legittimare un tale Stato così potenziato. La dottrina di Pašukanis, insomma, era d'intralcio allo statalismo vieppiù crescente della dittatura staliniana.

Qui giungiamo al cuore della teoria stalinista del diritto. Essa può articolarsi in tre proposizioni fondamentali:

- (1) Il diritto non è un fenomeno corrispondente esclusivamente alla società borghese, bensì è presente in *ogni* società di classe. "Ad ogni epoca della società classista corrisponde un suo diritto" (32).
- (2) Il diritto è la volontà della classe dominante. "Il diritto è un insieme di regole della condotta umana stabilite dal potere statale in quanto potere della classe che domina la società, nonché delle consuetudini e delle regole di convivenza sanzionate dal potere statale e attuate coercitivamente con l'ausilio dell'apparato statale al fine di tutelare, consolidare e sviluppare i rapporti e l'ordinamento vantaggiosi e favorevoli alla classe dominante" (33).
- (3) Il passaggio al comunismo, pertanto, non esclude la forma giuridica né la forma statale. "Come mezzo di controllo da parte della società, come mezzo di regolamentazione dei rapporti sociali, come metodo e mezzo di tutela degli interessi della società socialista e dei diritti e interessi dei cittadini, il diritto



sovietico assolve a una *funzione sociale gigantesca*, della quale lo Stato sovietico, fino alla sua totale estinzione, non può fare a meno" (34).

## 6. Diritto, potere e regime totalitario

E' interessante domandarsi perché un regime di totale arbitrio come quello staliniano abbia tanto insistito per impiantare una "legalità socialista" e per riaffermare il ruolo della norma e dell'ordinamento giuridico nell'ambito della società socialista. Questa domanda sorge soprattutto se si compara il pensiero giuridico staliniano al contemporaneo pensiero giuridico nazista. Là abbiamo la riaffermazione del ruolo del diritto e dello Stato, qui al contrario l'esaltazione del movimento" e della *Volksgemeinschaft*. Paradossalmente, il pensiero giuridico nazista è più radicale di quello stalinista, riguardo alla questione del diritto e dello Stato (35).

Tuttavia, non credo che tra i due sistemi giuridici possano trovarsi differenze di fondo per ciò che concerne la visione del rapporto tra diritto e potere politico. Nell'uno e nell'altro la legge era intesa solo come volontà del potere (ab-soluto) dell'Egocrate (36). La diversità delle rispettive dottrine giuridiche, che ricoprivano un fenomeno grosso modo simile, può spiegarsi in primo luogo con riferimento agli ostacoli ideologici maggiori che sbarravano ai due regimi la strada dell'arbitrio. Nell'un caso (il nazismo) si trattava della teoria del *Rechtsstaat*, sicché si doveva lottare contro una concezione formalistica che poneva il diritto e lo Stato al di sopra della società e della politica (concezione della quale Hans Kelsen era il massimo rappresentante). Nell'altro caso (lo stalinismo), si trattava della teoria dell'estinzione del diritto, per cui si doveva lottare contro una concezione economicistica e antiformalistica che poneva il diritto e lo Stato in una posizione subalterna rispetto agli interessi prevalenti nella società. Inoltre, per ciò che concerne lo stalinismo, vi erano motivi di ordine pratico, e non solo ideologico, che premavano per l'adozione del diritto come strumento della società socialista (fondamentale quello dell'assestamento e dell'organizzazione di un regime vissuto fino ad allora in una condizione di permanente precarietà). Invero, il motivo di maggiore differenza tra le due teorie e i corrispondenti sistemi risiede nel radicale antiuniversalismo (razzismo) del pensiero giuridico e del diritto nazionalsocialista, che non trova un equivalente nel pensiero e nella prassi giuridica sovietica.

Il fatto è che, checché ne dica Franz Neumann (37), la legge come tale costituisce raramente una difesa contro gli abusi del potere. Certo, la legge può costituire un limite all'arbitrio del potere, ma solo quando essa sia in qualche modo svincolata dal comando del potente, quando la sua fonte di pro-

duzione sia fuori dal raggio di autonomia del potere politico. Intendo dire che la legge può costituire un limite al potere per la sua fonte e non per la sua struttura formale.

La struttura formale della legge può atteggiarsi in modi differenti. Può, ad esempio, atteggiarsi come la legge dello Stato liberale che è generale ed astratta, ma può anche essere *privilegium*, provvedimento *ad hoc*. Ed il *privilegium* ha tutto il diritto di farsi dire legge, e non si può, come fa Neumann, attribuire la qualità di legge solo alla legge parlamentare degli Stati liberali tra la fine del diciottesimo e la metà del ventesimo secolo. D'altro lato, la legge generale ha coperto tanti di quegli abusi di potere, che sarebbe difficile ravvisare in essa in quanto tale una diga al dilagare del potere politico. Ammetto, però, che la legge generale ed astratta non può conciliarsi con un regime di tipo totalitario, e comunque con un tipo di regime politico che abbia perso il senso della distinzione fra Stato e società (come è, pure, in parte lo Stato corporativo dei nostri giorni, in Europa e in Italia). Ma il fatto che la legge di tipo liberale non si concili con i regimi di tipo totalitario non significa che essa costituisca un limite al potere politico, che essa cioè contenga dentro di sé un principio attivo di resistenza al potere. Tale inconciliabilità tra legge parlamentare e regime totalitario significa più semplicemente che il regime totalitario è diverso dal regime liberale, e che pertanto non può ricevere gli istituti giuridici di quest'ultimo. La legge può essere limite al potere, se tale limite è ben presente nella società, e la legge gli conferisce espressione formale. Ma la legge, come mera espressione formale, non può limitare la forza materiale, così come un fantasma non può opporsi ad un essere di carne ed ossa.

La legge, come struttura formale che regola comportamenti individuali e sociali, non è necessariamente un limite all'azione del potere. Si potrebbe dire che la formalizzazione, l'istituzionalizzazione di una prescrizione, impediscono al potente di porre continuamente norme diverse e condizionano la sua stessa azione. Ciò è vero. Ed è altrettanto vero che il potere politico è sempre sottoposto a una qualche norma che nell'immaginario sociale pone questo potere. Altrimenti, è il potere fisico del bandito che ci costringe a consegnarli i nostri averi. Ma la legge *non è comando*, la legge è norma (38). Essa può fondarsi su un comando, attribuire a un comando valore normativo, ma essa non può identificarsi con quello, perché il comando non funziona (al di fuori dell'ipotesi della minaccia fisica) senza un referente normativo. Il potere politico non può reggersi solo sulla forza fisica, essa ha bisogno della "servitù volontaria" e questa è possibile grazie all'adesione ad un sistema culturale/normativo che fa di quel potere politico il centro della vita sociale. La formalizzazione giuridica è, perciò, indissociabile dal potere politico: ogni potere politico ha bisogno di un diritto, di un sistema normativo, che lo fissi



nell'immaginario sociale (39). Se è così, non può affatto dirsi che il diritto costituisca un limite al diritto, perché *il potere è il diritto*.

Posto che il diritto non è necessariamente limite del potere, forse potremo comprendere la ragione dell'insistenza e dell'accanimento con cui Vysinskij si batte per l'impianto di una "legalità socialista". La ragione è che la legge dà *continuità e stabilità* alla volontà del gruppo dominante. "Perché è necessaria la stabilità delle leggi? Essa è necessaria perché rafforza la solidità della disciplina statuale, decuplica le forze del socialismo mobilitandole e orientandole contro le forze ostili al socialismo" (40). Si badi bene che qui per legge Vysinskij non intende la legge parlamentare, ma vi ricomprende i decreti del Soviet Supremo (gli *ukaze*), le ordinanze di governo (*postanovlenie*) e disposizioni a contenuto particolare (*rasporazenie*). Egli intende per legge tutti gli atti formali del potere politico (legislativo e esecutivo).

La legge è necessaria al nuovo regime socialista, in quanto essa serve ad organizzarlo, a strutturarla, ed infine a legittimarla. Il diritto non organizza soltanto la società, ma innanzitutto il potere politico di tale società che emana la legge. Mediante il diritto esso si razionalizza e si perpetua. Ciò è detto esplicitamente nel seguente brano di Vysinskij: "La complessità dei rapporti sociali del periodo di transizione non consente neppure di pensare che sia possibile sempre e in ogni condizione di assolvere ai compiti di repressione soltanto mediante la diretta repressione amministrativa, con l'ausilio di misure e metodi straordinari ed eccezionali. Come ha dimostrato l'esperienza della rivoluzione socialista nell'URSS, la dittatura proletaria opera in questo campo *anche* con strumenti giuridici" (41).

La parabola del pensiero marxista sul diritto si conclude, così, con Vysinskij con l'affermazione del diritto come volontà del potere. Il marxismo, in questo campo, si risolve in un positivismo giuridico esasperato, che gli stessi giuristi "borghesi" avrebbero difficoltà a condividere. L'economicismo sfocia nel volontarismo, e dall'estinzione dello Stato si passa alla sua elefantiasi. Tutto ciò, probabilmente, è reso possibile dalla logica incontrollabile della dialettica hegel-marxiana. Di questa è un buon esempio il seguente passo: "Marx ed Engels hanno dimostrato che lo sviluppo della società umana è soggetto a proprie leggi indipendenti dalla volontà degli uomini; ma in pari tempo sono gli uomini stessi e nient'altro che gli uomini a creare la loro storia" (42).

Il diritto, nella prospettiva leninista-stalinista, si estinguerà quando i cittadini avranno imparato ad adempiere i loro doveri sociali senza coazione, cioè quando avranno talmente interiorizzato le norme del diritto sovietico che essi si adegneranno a queste spontaneamente e automaticamente. Attendendo tale

giorno, nel periodo di transizione al comunismo, le masse lavoratrici devono "rafforzare al massimo il loro Stato sovietico" (43). Infatti -- conclude Vyšinskij -- "l'estinzione dello Stato si farà non attraverso l'indebolimento del potere statale, ma attraverso il suo rafforzamento massimo" (44).



## NOTE AL CAPITOLO SECONDO

- (1) E' questa anche l'opinione di Hannah Arendt: cfr. H. ARENDT, *Between Past and Future. Six Exercises in Political Thought*, Viking Press, New York 1961, p. 21.
- (2) K. MARX, *Il capitale*, libro primo, trad. it. a cura di D. Cantimori, VIII ed., II rist., Editori Riuniti, Roma 1980, p. 117. Corsivo nel testo.
- (3) K. Marx, *Prefazione*, in K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, trad. it. di E. Cantimori Mezzomonti, III ed., IV rist., Editori Riuniti, Roma 1979, p. 4. Corsivo mio.
- (4) K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, trad. it. di E. Cantimori Mezzomonti, Einaudi, Torino 1948, p. 139. Sulle linee prevalenti nella tradizione degli studi marxisti nel campo del diritto, cfr. U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, De Donato, Bari, 1973, p. 112 ss. Cerroni individua in tale tradizione tre "linee": (i) quella che sostiene il "condizionamento economico sociale" del diritto (ascrivibile ad esempio a Kautsky e a Renner); (ii) quella della "riduzione del diritto a economia" (ascrivibile a Stučka e Pašukanis); (iii) quella infine della "riduzione del diritto a norma o comando" (ascrivibile a Vyšinskij). Queste tre "linee" non possono essere ricondotte però, ad eccezione dell'ultima (l'imperativismo di Vyšinskij), alle tre definizioni marxiane del diritto appena menzionate. Sulla concezione marxiana del diritto e le sue diverse sfaccettature, cfr. U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, ora in U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, III edizione riveduta ed ampliata, Editori Riuniti, Roma 1972, p. 101 ss.
- (5) K. MARX, F. ENGELS, *L'ideologia tedesca*, trad. it. di F. Codino, II ed., IV rist., Editori Riuniti, Roma 1977, p. 313. Corsivo nel testo.
- (6) Ivi, p. 314. Corsivo mio.
- (7) E. V. PAŠUKANIS, *prefazione alla seconda edizione*, in E. V. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, trad. it. (della terza edizione), in AA. VV., *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di U. CERRONI, Giuffrè, Milano 1964, p. 86.
- (8) E. V. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, III ed., trad. it. cit., pp. 98-99.
- (9) Ivi, p. 217.
- (10) Ivi, p. 225.
- (11) Ivi, p. 226.
- (12) Cfr. ivi, p. 233.
- (13) *Ibidem*. La teoria della "matrice contrattuale" del diritto penale è stata ripresa in Italia, qualche anno fa, da Dario Melossi e Massimo Pavarini (cfr. D. MELOSSI, *Introduzione all'edizione italiana*, in G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, trad. it. di D. Melossi e M. Pavarini, Il Mulino, Bologna 1978, pp. 15-17, nota 23, e M. PAVARINI, *L'invenzione*

- penitenziaria: *l'esperienza degli Stati Uniti d'America nella prima metà del XIX secolo*, in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, II ed., Il Mulino, Bologna 1979, p. 243). *Contra*, però, L. FERRAJOLI, D. ZOLO, *Marxismo e questione criminale*, ora in L. FERRAJOLI, D. ZOLO, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milano 1978, p. 102 ss. In merito, cfr. le brevi ma efficaci considerazioni di F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano 1967, p. 636 ss.; cfr. anche R. GUASTINI, *La "teoria generale del diritto" in URSS. Dalla coscienza giuridica rivoluzionaria alla legalità socialista*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1971.
- (14) U. CERRONI, *Introduzione*, in AA. VV., *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di U. Cerroni, cit., p. XXXIII.
- (15) Vedi P. I. STUČKA, *Prefazione alla prima edizione*, in P. I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, in P. I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e altri scritti*, trad. it. di U. CERRONI, Einaudi, Torino 1967, p. 7, e ivi l'introduzione di U. CERRONI, p. XVI.
- (16) E. V. PAŠUKANIS, *Prefazione*, in E. V. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, III edizione, trad. it. cit., p. 86.
- (17) E. V. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, III edizione, trad. it. cit., p. 105.
- (18) Ivi, p. 103.
- (19) A. J. VYŠINSKIJ, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, trad. it., in AA. VV., *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di U. Cerroni, cit., p. 242.
- (20) *Ibidem*.
- (21) "In regime comunista -- scrive Lenin -- sussistono, per un certo tempo, non solo il diritto borghese, ma anche lo Stato borghese, senza borghesia" (V. I. LENIN, *Stato e rivoluzione. La dottrina marxista dello Stato e i compiti del proletariato nella rivoluzione*, trad. it. a cura di Valentino Gerratana, III. ed., I. rist., Editori Riuniti, Roma 1974, p. 175).
- (22) Citato in A. J. VYŠINSKIJ, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, trad. it. cit., p. 253.
- (23) *Ibidem*.
- (24) In merito, cfr. H. Kelsen, *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis*, University of California Press, Berkeley e Los Angeles 1949, pp. 23-35.
- (25) H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo. Un'analisi critica*, trad. it. di R. Guastini, in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano 1981, p. 66.
- (26) Ivi, pp. 66.
- (27) A. J. VYŠINSKIJ, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, trad. it. cit., p. 255. Corsivo mio.
- (28) Ivi, p. 259.



- (29) *Ibidem*.
- (30) Ivi, p. 264.
- (31) Vedi ivi, p. 265.
- (32) Ivi, p. 282.
- (33) Ivi, p. 283.
- (34) Ivi, p. 286. Corsivo mio.
- (35) Su questo punto, cfr. G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto*, Vol. III: *Ottocento e Novecento*, Il Mulino, Bologna 1970, p. 379 ss.
- (36) Sull'"egocrate", vedi C. LEFORT, *Un homme en trop. Réflexions sur "l'Archipel du Goulag"*, II ed., Seuil, Paris 1986, p. 57 ss.
- (37) Vedi ad esempio F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft*, trad. tedesca di A. Söllmar, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1980, p. 53 ss.
- (38) In merito, vedi H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford 1961, *passim*. Di ciò si tratta più ampiamente nel prossimo capitolo.
- (39) A questo proposito assai rilevanti sono le idee di Axel Hägerström. Vedi ad esempio la sua critica della tesi difesa da Salmond secondo cui il presupposto logico del diritto costituzionale sarebbe il potere di fatto detenuto dallo Stato (v. A. HÄGERSTRÖM, *Ar gällande rätt uttryck av vilja?*, ora in A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, traduzione inglese di C. D. Broad, a cura di K. Olivecrona, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1953, pp. 31-35). In merito, cfr. E. PATTARO, *Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström*, CLUEB, Bologna 1975, p. 87 ss.
- (40) A. J. VYŠINSKIJ, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, trad. it. cit., p. 285.
- (41) Ivi, p. 283. Corsivo mio. Il diritto è così ridotto a politica "pura": cfr. in merito U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori Riuniti, Roma 1969, p. 101. Ha ragione allora Czeslaw Milosz quando scrive che quello sovietico è "un sistema nel quale il diritto non esiste -- nel senso che è solo uno strumento nelle mani del Partito -- e dove l'unico criterio è l'efficacia dell'azione" (C. MILOSZ, *La mente prigioniera*, trad. it. di G. Origlia, Adelphi, Milano 1981, p. 54).
- (42) A. J. VYŠINSKIJ, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, trad. it. cit., p. 270.
- (43) Ivi, p. 295.
- (44) Ivi, p. 296.

## CAPITOLO TERZO

### LA SOLUZIONE NORMATIVISTICA

Sommario: 1. Il potere concepito come diritto. Hans Kelsen - 2. Legge, comando, norme - 3. Ordinamento normativo, potere politico, dominio - 4. Autonomia, eteronomia, ideologia

#### 1. Il potere concepito come diritto. Hans Kelsen

Come è noto, Kelsen sovrappone e identifica i due concetti di diritto (ordinamento giuridico) e di Stato. Per far ciò egli muove dalla sua distinzione di *Sein* e *Sollen*. Lo Stato, come il diritto, si colloca -- a giudizio di Kelsen -- nello spazio del *Sollen*. "La terminologia del "dover essere" -- scrive Kelsen -- garantisce così la purezza della scienza rivolta allo Stato (o al diritto) come ad un oggetto distinto dalla natura" (1). A questo proposito, Kelsen sottopone a critica la cosiddetta *Zwei-Seiten-Theorie* di Georg Jellinek. Jellinek, nella sua poderosa *Allgemeine Staatslehre*, aveva distinto la dottrina dello Stato in una "dottrina sociale" (la cui metodologia è più vicina a quella delle scienze empiriche) e in una "dottrina giuridica" (intesa come scienza "normativa"), ritenendo che il medesimo oggetto (lo Stato) potesse essere studiato sia dal punto di vista normativo (tipico delle scienze giuridiche) sia da quello causale (tipico delle scienze naturali) (2).

Diversamente da Jellinek, Kelsen ritiene invece che l'essenza dello Stato sia puramente normativa. Lo Stato, infatti, -- argomenta Kelsen -- non esiste come entità naturale: "Lo Stato non è un corpo visibile e tangibile" (3). Esso si manifesta mediante comportamenti umani che vengono considerati azioni dello Stato, ovvero sono "imputati" allo Stato. Ma cosa significa che dei comportamenti sono "imputati" allo Stato, cioè ad una entità che non è presente nel mondo fisico? Innanzitutto è possibile imputare un comportamento ad un soggetto -- afferma Kelsen -- solo là dove vi siano delle norme che tali imputazioni costituiscono. L'imputazione, infatti, è un'operazione ben diversa dall'osservazione empirica di un evento mediante la quale può affermarsi una certa catena causale.

Imputare un comportamento significa attribuire questo ad un certo soggetto, non mediante l'affermazione o la descrizione di una certa catena causale, bensì secondo un sistema di norme (4). L'imputazione è, perciò, un'operazione eminentemente giuridica. "Imputare un'azione umana allo Stato -- scrive Kelsen --, come ad una persona invisibile, significa riferire un'azione umana, come azione di un organo dello Stato, all'unità



dell'ordinamento che predispone tale azione. Lo Stato come persona non è altro che la personificazione di questa unità" (5). Lo Stato, pertanto, -- nella prospettiva kelseniana -- è un concetto *solo* giuridico, ovvero come dice Kelsen, "non esiste un concetto sociologico dello Stato diverso dal concetto di ordinamento giuridico" (6).

Affermare, tuttavia, che l'essenza dello Stato è normativa non significa -- per Kelsen -- espungere da quello l'elemento della coazione. A proposito della sua concezione dello Stato, Kelsen sottolinea che questa si pone nella scia della dottrina dominante, nella linea Gerber-Laband-Jellinek che vede nello Stato essenzialmente un apparato coercitivo (7). Il giurista austriaco precisa, però, che la sua teoria si distingue dalla dottrina tradizionale in quanto nella prima l'elemento della coazione è considerato non nella sua materialità, ma come contenuto specifico dell'ordinamento normativo. Lo Stato è dunque -- per la "dottrina pura" -- un sistema di norme che hanno come loro contenuto una coazione (la sanzione): "Lo Stato appare come l'entità di un sistema di norme le quali stabiliscono le condizioni alle quali una certa coazione di uomini su uomini debba essere esercitata" (8).

Kelsen rifiuta la concezione che pone il sovrano al di sopra dell'ordinamento giuridico, sia nella versione della germanica *Herrschertheorie* sia in quella anglosassone della *Analytical Jurisprudence* (9). Tale rifiuto va di pari passo con quello della concezione imperativistica del diritto che vede questo come mero comando o decisione politica. "Il fatto che un uomo *domini* sugli altri, cioè che la volontà dell'uno divenga il motivo della volontà dell'altro, non può caratterizzare lo Stato; ma piuttosto il fatto che esista un *ordinamento* stabile secondo il quale l'uno deve comandare e l'altro deve obbedire. Soltanto questo ordinamento fonda (*begründet*) l'unità dei numerosi rapporti di dominio che si offrono ad una osservazione meramente empirica" (10).

La concezione che coglie nel momento del dominio, o nella figura del sovrano, l'elemento caratterizzante dello Stato riproduce -- a giudizio di Kelsen -- la confusione tra i due piani distinti del *Sein* del *Sollen*. L'elemento coattivo, tipico dello Stato, non va colto al di fuori del piano normativo sul piano dell'"essere", così come fa Austin, il cui concetto di sovrano -- scrive Kelsen -- "è concetto sociologico o politico" (11), bensì va ricondotto allo spazio del *Sollen*, in quanto esso costituisce il contenuto tipico delle norme dell'ordinamento giuridico. "Nella definizione concettuale dello Stato -- scrive Kelsen -- è importante che l'elemento della coazione (*Zwangsmoment*) sia colto in questa inequivoca determinatezza: come contenuto dell'ordinamento normativo, e non sia sostituito -- come è incline a fare la dottrina dominante che scivola sul piano dell'essere (*die in die Seinsebene ausgleitende*

*herrschende Lehre*) --dall'elemento non chiaro del "dominio" (*Herrschaft*) nel senso di una motivazione" (12).

Può dirsi che Kelsen riconduce lo Stato, l'ordinamento politico *par excellence*, al piano del diritto, in quanto è mosso dall'esigenza di coerenza della sua costruzione teorica, centrata sulla rigida distinzione tra "essere" e "dover essere", là dove il "dover essere" di cui si tratta per ciò che riguarda il diritto è ben distinto da quello etico e politico ed è lo "specifico essere del diritto" (13). Se pensassimo lo Stato e il diritto come entità distinte, l'una tutta materiale, posta sul piano naturale-sociale e retta pertanto da leggi di tipo causale (in Kelsen natura e società sono di sovente identificati proprio con riguardo al tipo di legge che regola il loro accadere (14)) e l'altra invece tutta normativa e posta esclusivamente sul piano giuridico, saremo costretti -- come lo è ad esempio Georg Jellinek -- ad uno sdoppiamento della conoscenza giuridica. Ciò in quanto, accettata una distinzione tra Stato e diritto fondata su basi ontologiche, faremmo derivare il diritto da un piano ontologico ad esso estraneo, posto che l'oggetto del nostro esame sia il diritto positivo statale, ovvero il diritto emanato o prodotto dallo Stato.

Ma se la fonte del diritto (qui lo Stato) è qualcosa di estraneo ad esso, se il *Sollen* rimanda per la sua esistenza al *Sein*, piano normativo e piano naturale-sociale non possono essere distinti con la nettezza che Kelsen propone. Se lo Stato (concetto come entità naturale-sociale) produce il diritto (entità normativa), il fenomeno giuridico non può essere isolato esclusivamente nello spazio del *Sollen*, e d'altra parte la conoscenza del diritto non potrà darsi solo come scienza normativa, ma anche (e soprattutto) come scienza sociale-naturale (causale). Non potrebbe più sostenersi, allora, la "purezza" del metodo e della scienza giuridica (vale a dire il monismo metodologico normativo di questa). In considerazione di tutto ciò la conclusione di Kelsen è che "il diritto può darsi solo a partire dal diritto (*Recht kann nur aus Recht werden*)" e quindi che "lo Stato deve essere pensato come ordinamento giuridico" (16).

La critica che Kelsen sviluppa, ad esempio, contro le tesi di Krabbe, il quale pure tende in qualche modo ad identificare fenomeno giuridico e sovranità, è fondata proprio sull'appunto che il giurista olandese mantiene ancora la distinzione tra Stato e diritto, e facendo ciò ricade in una teoria dello Stato piena di interne contraddizioni. "Sebbene egli -- scrive Kelsen di Hugo Krabbe -- abbia ampliato in seguito questa tesi nella formula "che l'autorità dello Stato non è nient'altro che l'autorità del diritto", egli mantiene tuttavia che lo Stato abbia rispetto al diritto un'esistenza indipendente; gli è così preclusa la conoscenza dell'identità dell'ordinamento statale e di quello giuridico, che sola permette una teoria dello Stato non contraddittoria" (17). Mentre Krabbe postula l'identità di Stato e diritto come un ideale politico cui



la realtà può anche non corrispondere, per Kelsen l'identità di Stato e diritto è un dato di fatto sempre presente nella storia delle formazioni giuridiche e politiche. Secondo Kelsen, il limite della teoria di Krabbe sta "innanzitutto in ciò che egli (Krabbe) concepisce l'identificazione di Stato e diritto non come problema logico-gnoseologico, bensì come postulato politico, il quale può essere realizzato o no nel processo storico" (18).

La concezione di Kelsen, identificando Stato e diritto sul piano dell'ordinamento normativo, sembra realizzare la riduzione del potere politico a fenomeno giuridico, a norma, e quindi --come sostiene Norberto Bobbio -- a dare espressione nell'ambito della teoria generale del diritto all'antico ideale del governo delle leggi (contrapposto a quello degli uomini) o dello Stato di diritto (contrapposto al diritto dello Stato). Bobbio contrappone la tradizione del positivismo giuridico da un lato e la dottrina dello Stato di diritto dall'altro. "I due concetti limite-- scrive Bobbio -- rispettivamente del positivismo giuridico e della dottrina dello Stato di diritto sono la *summa potestas* o sovranità e la norma fondamentale" (19). I due concetti di "sovranità" e di "norma fondamentale" hanno entrambi la funzione di chiudere il "sistema". Tuttavia l'uno (la "sovranità") -- secondo Bobbio -- servirebbe a chiudere un sistema fondato sulla supremazia del potere sul diritto mentre l'altro (la *Grundnorm* kelseniana) servirebbe allo scopo simmetricamente opposto di chiudere un sistema fondato sulla supremazia del diritto sul potere.

Io dubito che la "norma fondamentale" della *Reine Rechtslehre* sia estranea e opposta alla tradizione giuspositivistica. Credo inoltre che, per ciò che concerne la dottrina di Kelsen, più che di riduzione del potere a diritto, debba parlarsi del procedimento inverso, ovvero della riduzione del diritto a potere. Si consideri la critica di Kelsen alla teoria del *Rechtsstaat* e alla cosiddetta *Selbstverpflichtungslehre*. Il giurista austriaco sostiene che da un punto di vista strettamente giuridico non ha senso porsi il problema, che occupa l'opera di Georg Jellinek e in generale dei teorici dello Stato di diritto, di una norma che vincoli o meno l'attività del sovrano o degli organi dello Stato. Infatti, secondo Kelsen, che qui ancora una volta sviluppa con coerenza estrema tesi tipiche del positivismo giuridico, la norma è di per sé sempre vincolante, perchè altrimenti non potrebbe parlarsi di norma. Là dove sia possibile al sovrano o all'organo non attenersi alla norma preesistente, dovrà allora ritenersi vigente una norma che regola in tal maniera la modificazione delle norme, attribuendo cioè al sovrano o all'organo il potere di modificare la norma preesistente (20).

Secondo Kelsen, non è possibile pensare uno Stato che non sia vincolato al proprio ordinamento (ovvero al diritto), in quanto tale ordinamento è -- per

il giurista austriaco -- lo Stato medesimo. Così, il sintagma "Stato di diritto" sarebbe pleonastico, giacché ogni Stato come tale è "Stato di diritto". "Non può darsi quindi -- scrive Kelsen -- nessuno Stato, che non sia vincolato al suo ordinamento, che sia libero rispetto a questo, poiché, in quanto l'idea di uno Stato vincolato al suo ordinamento, liberata dall'ipostatizzazione, abbia un senso, lo Stato è questo ordinamento stesso, non può *essere* nient'altro che *ordinamento*, e l'idea di uno Stato liberatosi dal "suo" ordinamento è in se stessa una contraddizione. In quanto poi questo ordinamento può essere soltanto l'ordinamento giuridico, non è pensabile uno Stato diverso dallo Stato di diritto, e la parola Stato di diritto è un pleonasma" (21).

Dal punto di vista del positivismo giuridico che riconosce il carattere giuridico della norma valida quale che sia il suo contenuto, e che la validità riconnette al rispetto di certe formalità e al fatto che la norma sia emanata da un certo soggetto (sovrano o organo), anche un regime dispotico può essere uno "Stato di diritto". "Si pensa -- scrive Kelsen -- come negazione dello Stato di diritto specialmente alla monarchia assoluta, al dispotismo. Ma anche questo ha un ordinamento specifico, ed è pensabile soltanto come ordinamento specifico. La regola, per la quale la coazione deve essere esercitata solo quando ciò è comandato dal despota e nel modo voluto da questo, è altrettanto una regola di *diritto* quanto quella per la quale la coazione deve essere esercitata allorquando ciò è deciso dall'assemblea popolare e nella maniera voluta da questa. Entrambe sono -- dal punto di vista del concetto di diritto *positivo* -- ipotesi originarie *equivalenti*" (22).

A questo proposito, per intendere meglio il senso dell'operazione kelseniana di identificazione di Stato e diritto, è utile menzionare la maniera in cui Kelsen risolve la questione dell'"illecito dello Stato". Kelsen, come è noto, nega che possa configurarsi una qualche fattispecie di illecito dello Stato (*Staatsunrecht*). Allo Stato, che non è nient'altro che la personificazione del diritto, non può mai -- secondo il giurista austriaco -- imputarsi un illecito in ragione del fatto che "il soggetto dell'illecito (*das Unrechtssubjekt*) non può mai essere al tempo stesso il soggetto del diritto (*das Rechtssubjekt*)" (23).

A mio avviso, dietro la costruzione coerentemente normativistica di Kelsen non troviamo l'ideale della supremazia della norma sul potere, ma piuttosto il riconoscimento di ogni potere, in quanto questo eserciti un'efficace azione coattiva sui suoi soggetti, come ordinamento giuridico (24). Ciò perché il contenuto della norma primaria, per Kelsen, non è -- come è noto -- un comportamento dei consociati (che sarà oggetto invece della norma secondaria ricavata argomentando a contrario da quella primaria), bensì una sanzione, vale a dire un atto coattivo dello Stato. Nella dottrina di Kelsen la sanzione non sta *al di fuori* della norma giuridica che statuisce un comportamento dei conso-



ciati, essa non ha la funzione sussidiaria di assicurare l'osservanza del comportamento prescritto, non è l'oggetto delle norme dette comunemente "secondarie" così come avviene per la dottrina tradizionale. Per Kelsen la sanzione va collocata all'interno della norma giuridica primaria, giacché -- come si è detto -- nel sistema kelseniano la prima (la sanzione) è l'oggetto della seconda (la norma). In questo modo l'ambito di intervento dello Stato, concepito come l'apparato della coazione, si colloca all'interno dello spazio del diritto. "Così -- scrive Kelsen -- è teoricamente inammissibile distinguere oltre ad un ordinamento contenente le norme che dispongono la sanzione, un sistema di norme giuridiche che stabiliscano il comportamento umano che evita la sanzione, e far valere il primo come l'apparato coercitivo dello Stato, e il secondo come il diritto in senso proprio e stretto" (25).

Nella definizione kelseniana del diritto come *Zwangsordnung* ciò che qualifica il diritto come tale non è tanto l'elemento normativo (la *Ordnung*) quanto l'elemento della forza, della coazione (il *Zwang*). "Ciò che distingue l'ordinamento giuridico da tutti gli altri ordinamenti sociali -- scrive il giurista austriaco -- è il fatto ch'esso regola il comportamento umano per mezzo di una tecnica specifica. Se ignoriamo questo elemento specifico del diritto, se non concepiamo il diritto come una specifica tecnica sociale, se definiamo il diritto semplicemente come ordinamento od organizzazione, e non come un ordinamento (o un'organizzazione) *coercitivo*, perdiamo allora la possibilità di differenziare il diritto dagli altri fenomeni sociali, identifichiamo allora il diritto con la società" (26). Su questo punto, sulla intrinseca natura coercitiva del diritto, Kelsen sviluppa la sua critica alle tesi di Eugen Ehrlich, il quale sosteneva che la coattività non è carattere essenziale del diritto mantenendo tuttavia la qualità normativa del fenomeno giuridico (27).

Riassumendo, possiamo dire che nella dottrina kelseniana l'identità di diritto (ordinamento giuridico) e Stato (potere politico) è possibile attraverso due paralleli processi di sovrapposizione dei due concetti. Vi è una prima sovrapposizione di "diritto" e "Stato" sul piano del "diritto": lo Stato è concepito come un ordinamento, come insieme di norme, ovvero come fenomeno giuridico (diritto). I due concetti (di Stato e di diritto) sono entrambi ricondotti entro la categoria dei fenomeni normativi, che è quella -- a giudizio di Kelsen -- tipica del diritto. "Non appena lo Stato è riconosciuto come unità di ordinamento (*Ordnungseinheit*), come norma, non vi è alcuna possibilità -- scrive Kelsen -- di contrapporlo come "associazione" (*Verband*) al diritto come norma. Stato e diritto ricadono entrambi nella medesima categoria di ordinamento normativo" (28).

Tuttavia, se l'identità di Stato e diritto passasse soltanto per la comune qualità di fenomeno normativo, questi non potrebbero essere distinti da altri fenomeni che pur essendo normativi non sono -- secondo Kelsen -- giuridici (29). In ultima analisi, essi finirebbero per confondersi con la società che è pure un ordinamento del comportamento umano. Ciò che distingue il diritto dagli altri fenomeni normativi (quali la morale, o la religione, per esempio) è -- secondo Kelsen -- il fatto che il diritto ha per oggetto un atto di forza, la sanzione, la coazione.

Sul piano della coercizione (tipico dello Stato), vi è la seconda sovrapposizione dei concetti di Stato e di diritto operata da Kelsen. I due concetti si identificano perché entrambi denotano ordinamenti che si reggono sull'uso della forza, su quella specifica "tecnica sociale" che è la coercizione. Solo su questo piano che è quello che, secondo Kelsen, qualifica il fenomeno giuridico in quanto tale (in quanto distinto da altri fenomeni normativi), solo sul piano del potere (o della forza, o della coazione) si opera l'identificazione finale dei due concetti. Ciò è detto esplicitamente nell'opera di Kelsen, il quale a questo proposito riconosce il suo debito verso la dogmatica giuridica tradizionale. "E se altrettanto in accordo con la concezione dominante si vede -- egli scrive -- l'essenza della norma giuridica (*das Wesen der Rechtsnorm*) nel suo carattere coattivo, allora diritto e Stato sono allo stesso modo ordinamenti coattivi nel senso di un sistema di norme le quali dispongono coazioni" (30). Non mi sembra pertanto azzardato concludere che l'identificazione di diritto e di Stato operata da Kelsen si compie dal lato dello Stato (o del potere politico). In questo senso, può forse dirsi che la dottrina di Kelsen è una variante delle tesi tradizionali che subordinano il fenomeno giuridico all'attività del potere.

Si noti che per Kelsen lo Stato non è un tipo particolare di ordinamento giuridico, una species del genus "diritto". Lo Stato -- nella teoria kelseniana -- è l'ordinamento giuridico *par excellence*, è la stessa cosa dell'ordinamento giuridico. Secondo Kelsen i due concetti di Stato e di ordinamento giuridico sono perfettamente coincidenti e interscambiabili. Ovviamente, nell'affermare questa tesi, Kelsen deve fare fronte ad una obiezione che sembrerebbe insormontabile: dov'è lo Stato in quelle società che pur possedendo un sistema giuridico non presentano alcuna istituzione caratterizzata da quel monopolio della forza che Kelsen assume come il tratto distintivo dello Stato? Il giurista austriaco, per superare questa obiezione, è costretto ad applicare anche alle società cosiddette primitive la griglia concettuale modellata sulla figura dello Stato moderno, in particolare il concetto di "organo", al prezzo di una evidente forzatura. Ad esempio, secondo Kelsen, nella società in cui vige il principio della vendetta privata, il "vendicatore" agirebbe come "organo" della società medesima. "Nello Stato primitivo l'ordinamento giuridico demanda in



via di principio l'atto della coazione proprio a colui che è stato leso nei suoi interessi (protetti dal diritto). Questo funge qui come l'"organo" dell'ordinamento coattivo (vendetta del sangue)" (31). Così, l'offeso che si fa giustizia da sé nella società primitiva è visto come organo di un apparato coercitivo, il quale è già Stato e si distingue dallo Stato moderno solo per ciò che attiene alla maggiore specializzazione dei compiti presente in quest'ultimo.

## 2. Legge, comando, norma

Quali delle due concezioni classiche dei rapporti tra diritto e potere è più soddisfacente? Quella che riduce il diritto a strumento del potere, o quell'altra che vede il diritto come entità che precede e in qualche modo determina i fenomeni politici? C'è da dire, invero, che di solito le due concezioni si pongono su piani diversi: la prima si presenta generalmente come teoria descrittiva di uno stato di cose così come esso è, la seconda invece come una teoria prescrittiva di uno stato di cose così come esso dovrebbe essere. Tuttavia, sul piano della descrizione della realtà di fatto, entrambe quelle concezioni risultano -- a mio avviso -- insoddisfacenti. L'una, la concezione che pone il diritto prima del, e sopra il, potere politico pecca troppo di "idealismo". L'altra, la concezione che pone il potere politico prima del, e sopra il, diritto pecca troppo di "realismo". L'una, infatti, presuppone un'entità tutta ideale che possa effettivamente quantomeno limitare l'attività materiale del potere e il dispiegamento della sua forza. L'altra riduce in ultima istanza il rapporto politico ad una mera relazione di forza, ad una relazione comando/obbedienza modellata per lo più secondo la dinamica causa/effetto.

Esaminiamo brevemente la teoria del diritto come limite o presupposto del potere. Questa sostiene alla fine dei conti che la norma in quanto tale, che la forma della legge, avrebbe la capacità di porre un ostacolo arduo se non insormontabile all'arbitrio del sovrano. L'idealismo di questa concezione è evidente, in quanto essa ritiene che una forza materiale possa essere limitata o arrestata nei suoi movimenti da un qualcosa (il diritto), concepito in termini assolutamente astratti (nel meno astratto dei casi come forma procedurale, nel caso più astratto come "giustizia").

A quanti sostengono, come Franz Neumann, che il diritto (in quanto forma di legge) sbarra la strada all'arbitrio del potere politico, e ripropongono in sostanza la teoria dell'"autolimitazione" dello Stato vanno ricordate due cose. Da un lato, che il potere politico può sempre formalizzare la propria volontà, e il proprio arbitrio. Come scrive Rodolfo De Stefano, "al contrario della co-

mune ingiustizia repressa dalle leggi l'ingiustizia politica è essenzialmente ingiustizia legalizzata". "In quanto supremo legislatore, anche il tiranno più ingiusto o il despota più autoritario è in grado di rispettare, quando gli piaccia, i confini della stretta legalità". (32).

D'altro lato, parlare di "autolimitazione" dello Stato significa rimettersi alla benevolenza del sovrano medesimo che può e vuole (ma potrebbe anche non volere) porre dei limiti al proprio potere. Inoltre, tale teoria è inficiata da una circolarità concettuale dalla quale non riesce ad uscire. Il diritto (inteso come legge positiva) -- si afferma -- è limite all'attività dello Stato medesimo, sicché il soggetto passivo della limitazione ne è anche il soggetto attivo. Questo circolo vizioso, come sottolinea Bertrand de Jouvenel, si instaura nel momento in cui si identifica il diritto col diritto positivo e questo con la legge emanata dallo Stato. "In quale circolo vizioso non giriamo? L'autorità politica deve essere giusta, cioè agire conformemente al diritto ma il diritto -- ci si dice -- non è che l'insieme delle regole emanate da essa stessa. L'autorità che produce leggi è dunque sempre giusta, per definizione". "Solo la legge produce il diritto. Pertanto tutto ciò che è legge è diritto, e non vi è alcun diritto contro la legge. Allora è illusorio cercare nel diritto un riparo contro il potere. Il diritto è, come dicono i giuristi, "positivo"" (33).

Da tale circolo vizioso la teoria dell'"autolimitazione" dello Stato può uscire ponendo la distinzione tra diritto e legge statale. Tale operazione può avere due esiti. Il primo quello di presupporre un diritto ideale superiore alla legge statale. E' l'esito giusnaturalistico raccomandato da de Jouvenel, il quale però non può certo sfuggire al peccato d'idealismo, considerato che tale diritto ideale è "presupposto" e non posto (comunque ciò possa avvenire).

Il secondo esito potrebbe essere quello di farla finita col principio giuspositivistico dell'unità e dell'unicità dell'ordinamento giuridico (nell'ambito di un certo territorio). Potrebbe cioè prospettarsi l'esigenza o l'esistenza di più diritti che si influenzano (e limitano) reciprocamente. Ma questi altri diritti (oggettivi), diversi da quello statale, se non sono "ideali" o "naturali", sono dunque "posti". E se sono posti, lo sono (non sempre intenzionalmente o consapevolmente (34)) da qualche gruppo sociale che si sottrae alla tutela statale, da qualche altra istituzione. Ciò significa che questo secondo esito della distinzione tra diritto e legge statale consiste in una concezione pluralistica della società, ovvero in una concezione che vede (o si augura di vedere) più poteri agenti nello spazio sociale. In questo senso, dunque, la teoria che afferma che il diritto pone dei limiti all'attività del potere politico (in particolare allo Stato) si risolve in una teoria che afferma l'esigenza o l'esistenza di una pluralità di poteri che si limitano e si bilanciano reciproca-



mente, e che afferma il nesso imprescindibile tra diritto e potere e non la loro mutua separatezza in due entità totalmente distinte.

Esaminiamo adesso la concezione che asservisce il diritto al potere. Anche questa opera la separazione del piano normativo (il diritto) da quello materiale (il potere). In talune versioni imperativistiche, il piano normativo viene negato e risolto in quello materiale della forza. Tali sono, in generale, quelle che interpretano il diritto come comando del superiore politico all'inferiore politico. Proprio tale riduzione del piano normativo a quello materiale costituisce l'esempio estremo di ciò che sopra chiamavo il "peccato" di troppo realismo. Questo consiste nel porre, esplicitamente o implicitamente, la realtà sociale e tipicamente umana al medesimo livello dei fenomeni fisici, e nell'applicazione al mondo dei fenomeni sociali e umani del modello di spiegazione causale tipico delle scienze fisiche. I fenomeni sociali -- in questa prospettiva -- sarebbero il risultato dell'azione di una serie di forze fisiche connesse tra loro secondo relazioni cogenti di causa ed effetto. Così il comando costituirebbe la causa, e l'obbedienza al comando l'effetto. Meglio, la causa sarebbe costituita dalla minaccia della sanzione che accompagna il comando (esplicitamente o implicitamente), e l'obbedienza risulterebbe dal timore della pena che è l'effetto della minaccia. Questo è grosso modo lo schema utilizzato da Bentham e John Austin. In tempi più recenti, per giustificare un tale modello, si è ricorso ad una antropologia che si basa sul modello di apprendimento pavloviano- skinneriano per stimolo e risposta.

Inoltre, una tale concezione, che definisce il diritto come comando, e dunque come relazione che si svolge in prevalenza tra due o più individui, in ogni caso come relazione *interpersonale*, è costretta a presupporre una società composta solo di rapporti interindividuali, volontari e coatti, e perciò uno spazio atomizzato, una sorta di "disegno esplosivo", che è molto lontano dalla realtà delle formazioni sociali, le quali sono invece caratterizzate dalle *impersonalità* delle loro relazioni fondamentali e costitutive (si pensi solo al linguaggio di una società che non può essere definito come una "convenzione", se per questa si intende un accordo volontario e consapevole tra un numero definito di parti (35), e tantomeno come una decisione unilaterale (36)).

Le concezioni imperativistiche, quella di Austin per esempio, presupponendo una società fatta solo di rapporti in qualche misura personali, trascurano la dimensione propria della società (quella per l'appunto sociale dei fenomeni della vita collettiva), e costruiscono le loro tesi sul vuoto. Contro l'imperativismo, inoltre, possono farsi valere le critiche tradizionalmente rivolte alle teorie volontaristiche del fenomeno giuridico. Come è possibile che la legge valga oltre la morte stessa di coloro di cui essa rappresenterebbe la volontà? E' forse possibile che il legislatore voglia in permanenza quel comportamento? Come è possibile che la legge valga anche per chi non la conosce

o non la capisce e non è in grado di capirla, come afferma il principio *ignorantia legis non excusat*? Come è possibile parlare ancora di volontà in senso psicologico per i provvedimenti emanati da corpi deliberativi collettivi come le assemblee parlamentari, ma anche il comitato centrale di un partito, là dove la decisione risulta dalla combinazione di maggioranza delle varie volontà individuali?

Tuttavia, non solo le teorie imperativistiche (intendendosi per queste quelle che definiscono il diritto come comando), ma anche quelle teorie che in genere parlano del diritto come espressione del potere (sia pure definendo il diritto come norma o regola) incorrono --a mio avviso -- nel "peccato" di troppo realismo. Per queste teorie tale peccato è il risultato della concezione secondo cui la forza produce il diritto, anche se i due fenomeni non vengono fatti coincidere. Per questi teorici (per Marx e i giuristi sovietici ad esempio) il diritto è uno dei tanti *instrumenta regni* che il potere politico adopera per imporsi e perpetuarsi nel corpo sociale. Anche per questi dunque, si attenua fino a scomparire la distinzione tra attività giuridica ed attività politica: l'attività giuridica è sempre attività politica. Ciò è detto efficacemente da Max Stirner: "Il comportamento dello Stato è espressione del suo potere, della sua violenza, ma questa egli la chiama "diritto", quella del singolo "delitto"" (37).

Quali obiezioni possono rivolgersi a questa maniera d'intendere il diritto che lo vede come prodotto o espressione del potere? Alcune sono state accennate. A me pare che debbano essere attentamente considerate le due seguenti: (a) da un lato quella concezione non dà conto del normale svolgersi della vita in una società e corrispondentemente delle situazioni di aggressione del vincolo sociale, (b) dall'altro non dà conto di un fatto che la saggezza degli antichi romani aveva colto nella massima *nemo ad facere cogi potest*.

Chi sostiene che il diritto è espressione del potere non è in grado di porre una distinzione qualitativa tra l'atto di un bandito che ordini ad un malcapitato di consegnargli la borsa e la norma che prescriva che colui che ruba sarà punito con la reclusione da tre a sette anni. Si postula semmai una distinzione quantitativa secondo la quantità, la durata, e la legittimità, della forza che l'agente (il bandito o il funzionario statale) è in grado di dispiegare. Ciò significa che il criterio di distinzione tra comandi giuridici e comandi non giuridici viene fatto risiedere nella effettività, durata e legittimità della coazione esercitata su determinati soggetti. Atto giuridico sarà dunque l'atto coattivo efficace, duraturo, e legittimo. La violenza resta comunque il "nucleo" di quell'atto. Qui però il pensiero giuridico imperativistico rivela la sua distanza dal senso comune, per il quale la differenza tra un atto di violenza e una norma, tra il grassatore e il cittadino comune, è immediatamente intuitiva.



Mi si potrebbe obiettare che il paragone non va posto tra il cittadino e il grassatore, bensì tra il grassatore e il funzionario statale, così come fanno in genere i teorici imperativisti. Io credo, invece, che i due soggetti da comparare non siano il ladro e il poliziotto operazione che fa il gioco di chi concepisce il diritto come comando (ma isolandolo dal contesto generale dei comportamenti sociali). La comparazione, a mio parere, va fatta tra chi si conforma in aderenza alle norme di una comunità data e chi invece queste norme infrange attaccando violentemente la normalità sociale. In altri termini, la contrapposizione tra grassatore ed uomo della strada rimanda a quella tra pace e guerra. A chi sostiene che il diritto è comando e che questo è in buona sostanza un atto arbitrario e violento, o che il diritto è politica e che questa è violenza, non è possibile discernere -- all'interno di un gruppo sociale dato -- uno stato di pace da uno stato di guerra. Semmai, la pace sarà vista da questo come un'appendice della guerra, oppure la guerra come un'appendice della pace, l'unica differenza tra i due stati consistendo nel fatto che in guerra la violenza è dichiarata ed espressa, mentre in pace la violenza sarebbe mascherata dal diritto. Karl von Clausewitz rende questo modo di vedere con la frase famosa per cui "la guerra non è se non la continuazione del lavoro politico, al quale si frammischiano altri mezzi" (38). La guerra è vista dal generale prussiano come continuazione della politica con altri mezzi, cui corrisponde specularmente il rovesciamento di quella proposizione operato da Lenin: la politica come continuazione della guerra con altri mezzi (39).

Secondo questo punto di vista che connette strettamente guerra e politica -- che è uno degli esiti della concezione del potere come violenza -- pace e guerra sono condizioni in qualche modo interscambiabili, poiché entrambi questi stati sono visti come domini della politica, la quale è concepita essenzialmente come manifestazione di violenza. Ciò equivale a sostenere che sono la violenza e la forza a reggere la vita dell'uomo e della società. Qui ancora una volta il punto di vista imperativistico o "realismo" (nel senso di "realismo politico") tradisce la sua distanza dal senso comune per il quale pace e guerra sono condizioni ben distinte. D'altra parte esso rivela una profonda incomprendimento del meccanismo che tiene insieme la società. La guerra (ed in particolare la guerra civile) è la massima manifestazione antisociale possibile, la lotta mortale tra uomini in luogo della comunicazione e dello scambio che costituiscono il normale essere del vincolo sociale. Questo coincide con la pace, con la sicurezza, con l'ordine, senza il quale la vita di relazione diviene impossibile e l'esistenza individuale si fa precaria.

Non è vero, come arrivano a sostenere i teorici imperativisti (si pensi a Marx, a Lenin, o a Stirner) che pace e guerra si equivalgono. La pace è assenza di guerra. Il che significa che la società (che solo può darsi se i suoi

membri sono in pace tra loro) si regge sull'assenza o sulla limitazione della violenza (40). Ma se è così, allora il diritto non può essere concepito in termini di comando (o -- il che è lo stesso -- di atto arbitrario e violento). Ciò risulta chiaramente in un fenomeno giuridico che rimane a mio avviso quello fondamentale, una volta che non si ragioni nei termini angusti del giuspositivismo e si riconosca come campo di manifestazione del fenomeno giuridico l'intero territorio della società e non soltanto lo spazio dei meccanismi istituzionali tipicamente statali (le aule dei tribunali, gli uffici della burocrazia, le prigioni e le caserme). Questo fenomeno ancora oggi fondamentale per il funzionamento dell'ordine giuridico è la consuetudine. Esso è nel cuore stesso della società, il vincolo sociale è infatti in massima parte non volontario, bensì consuetudinario. Ebbene, come farà una teoria estremamente volontaristica e costruttivistica (41) come l'imperativismo a spiegare, senza arrampicarsi sugli specchi e ricorrere a qualche bizantinismo, il fenomeno della consuetudine e la sua "costitutività" riguardo all'ordine giuridico? La consuetudine viene al più assunta come "abitudine all'obbedienza", la quale abitudine può ovviamente rimandare ad un comando cui si sia portati "consuetudinariamente" ad obbedire. Questo *habit of obedience* cui si riferiscono in particolare Bentham e Austin non è di per sé fonte di diritto (che resta il comando). Questo *habit* spiega soltanto la ragione per la quale il comando viene solitamente obbedito; una ragione che viene individuata non nel riconoscimento della legittimità del comando bensì in un'attitudine irreflessiva all'obbedienza creatasi in secoli di minacce e privazioni connesse all'esecuzione dei comandi del superiore politico. Più che di una "ragione" si tratta invero di un "motivo", là dove la prima (la ragione) si presenta con un contenuto proposizionale ed entra a far parte di un ragionamento pratico, mentre il secondo (il motivo) non si presenta come un enunciato (pur potendo sempre essere espresso come tale) e costituisce piuttosto un elemento di una certa catena causale.

L'altra obiezione, a mio parere decisiva, contro una concezione imperativistica del diritto è quella che può essere riassunta nella massima latina *nemo ad facere cogi potest*: : nessuno può essere costretto ad un fare. Se ciò è vero, l'obbedienza ad un comando è sempre in qualche misura volontaria. Ma se l'obbedienza non è un fatto meccanico, né un mero *pacti*, ed esige invece una porzione di volontà e di coscienza, ciò significa che l'efficacia del comando, ma anche e soprattutto la possibilità che il comando sia percepito come tale dal suo destinatario, dipendono da una qualche forma, sia pure minima, di "consenso" di quest'ultimo. E mettono in gioco anche la sua responsabilità morale.

Non è un caso che alcune ricostruzioni analitiche del concetto di potere fondino questo non tanto sulla possibilità di far fare quanto sulla capacità di



non far fare. Ad esempio, secondo Felix Oppenheim, pensatore d'estrazione neopositivistica e che potremmo ascrivere al filone realistico della riflessione sul potere, quest'ultimo è, per ciò che concerne il potere esercitato su terzi, eminentemente *potere di non far fare*. "E' la capacità di precludere -- egli scrive --, non la capacità di porre in grado, che costituisce potere nel senso interpersonale"(42). Di conseguenza il filosofo statunitense ci dà la seguente definizione di potere: "Y esercita potere su X quanto al suo non fare *x* se X non fa o non può fare *x* o se, qualora lo facesse, gli fosse assegnata una pena in conseguenza di un atto di potere *y* di Y"(43). Il potere qui è concepito eminentemente come potere *negativo*, potere di impedire un'azione, o come potere *punitivo*, potere di infliggere una sanzione, ma non come potere *positivo*, potere di determinare una condotta.

Chi comanda, a mio avviso, presuppone una forma di "consenso" da parte del soggetto a cui il comando è rivolto. Tale "consenso" si esercita almeno su due punti. (i) In primo luogo l'obbedienza al comando è -- come si è detto -- un atto volontario, non è un mero *patti*, ovvero la sottomissione ad una cogenza assoluta (quale potrebbe essere quella delle leggi naturali). (ii) In secondo luogo, il soggetto consente che un *determinato individuo* gli indirizzi il comando. Altrimenti quel certo enunciato mediante cui viene espresso il comando sarebbe percepito come qualcosa di diverso, come la richiesta di un favore, ad esempio, o come un consiglio, oppure come una minaccia. Si pensi ad esempio all'enunciato "bisogna chiudere la porta", che emesso da un soggetto nell'ambito di un gruppo composto da più individui è percepito come comando soltanto da quei membri del gruppo che riconoscono all'emittente l'autorità di rivolgere loro dei comandi. Mentre dagli altri quell'enunciato viene percepito come l'espressione non imperativa di una necessità o di un desiderio. Questo secondo punto è colto assai bene da un teorico nazista del diritto, Ernst Forsthoff, il quale nel suo libro *Der totale Staat*, prefigurazione del regime totalitario del nazionalsocialismo, si rifiuta tuttavia di aderire pienamente alla teoria decisionistica del diritto, argomentando come segue. "Ogni comando però -- scrive Forsthoff -- presuppone un rango più elevato il quale conferisca legittimità al comando a prescindere dalle qualità personali del superiore. Il sottufficiale comanda non perché egli sia necessariamente il soldato più valoroso (benché debba esserlo), ma in forza del rango che egli riveste" (44). L'emanazione di un comando così, secondo Forsthoff, non si fonda sul nulla, o sulla mera superiorità fisica, bensì su un certo ordine normativo precedente.

E' interessante notare che anche in uno dei più tenaci assertori della teoria imperativistica possiamo rinvenire, e nemmeno fra le righe, la consapevolezza della base consensuale su cui si regge il comando. Sul punto della volontarietà come requisito dell'obbedienza, può ricordarsi che Hobbes

distingue nettamente il *pati*, che è il sottostare involontario e necessario ad un intervento coercitivo quale si manifesta ad esempio in una esecuzione capitale nella quale il condannato patisce la morte e il *facere* (o il *non facere*), che è comunque un atto volontario anche quando esso costituisce l'oggetto di un comando a cui si obbedisce. "Quando un ladro ha violato le leggi -- scrive Hobbes -- ed è, quindi, giustiziato secondo la legge, si può, forse, interpretare questo suo patire come atto di obbedienza alla legge stessa? Ogni legge è un comando che impone di *fare*, o di *astenersi dal fare* qualcosa; ora non si verifica né l'uno né l'altro caso quando uno patisce. Potremo parlare di obbedienza solo se si patisce volontariamente, poiché nessuna azione involontaria può essere considerata come un sottomettersi alla legge" (45).

Sul secondo punto, sul riconoscimento dell'autorità di colui che emette il comando da parte del destinatario di questo, può ricordarsi che per Hobbes non ogni comando costituisce una legge, ma solo il comando che proviene da quella persona cui il destinatario del comando abbia in precedenza riconosciuto l'autorità del comandare. "E in primo luogo è manifesto che la legge in generale non è consiglio ma comando; e non comando di un qualsiasi uomo a un qualsiasi altro ma solo di colui il cui comando è rivolto a qualcuno che è in precedenza (*formerly*) obbligato ad obbedirgli" (46). Qui, mi pare, la teoria del diritto come insieme di comandi rinvia ad una visione normativistica del fenomeno giuridico. Hobbes afferma che non ogni comando costituisce una disposizione giuridica, ma solo il comando emanato da quella persona alla quale il destinatario del comando è già in precedenza vincolato. Il comando, dunque, è legge se vi è "qualcosa" esterno ad esso che qualifica giuridicamente il rapporto tra "comandato" e "comandante", cioè un "qualcosa" che fa sì che il destinatario del comando riconosca quest'ultimo come legge e vi si attenga. Questo "qualcosa" di esterno e precedente al comando non può che essere dato da una norma o da un insieme di norme.

La convinzione secondo cui il comando sarebbe all'origine del diritto vale a dire del "dover essere" è stata definita da Neil MacCormick come "fallacia imperativistica". Ciò che induce MacCormick a questa conclusione è innanzitutto la constatazione, analoga a quella sopra menzionata di Hobbes, che il comando per costituire una disposizione giuridica deve presupporre "qualcosa" di esterno ad esso. Riassumo qui di séguito le argomentazioni di MacCormick in merito.

Il comando rientra in quella categoria di atti attraverso i quali una persona A intende che una persona B compia un'azione X. Ma in questa categoria rientrano atti diversi dal comando come il consiglio, la preghiera, la richiesta. In tutti questi casi l'enunciato linguistico può essere il medesimo (ad esempio "non fumare"), così che da esso solo non riusciamo a dedurre



l'effettiva natura dell'atto, se questo sia ad esempio un comando o un consiglio o una preghiera. Ciò induce MacCormick a sostenere che l'elemento che fa di un enunciato linguistico un comando non risiede in tale enunciato, ovvero non è deducibile dalla struttura o dal modo (da quello imperativo, ad esempio) dell'enunciato. L'elemento che fa di un enunciato un comando è esterno all'enunciato stesso. Ciò equivale a dire che il comando è un comando in quanto presuppone "qualcosa" che non è un comando. "Ciò che è necessario allora -- continua MacCormick -- è trovare l'elemento che distingue gli ordini e i comandi da altri atti, come le richieste, i quali anche implicano l'intenzione di essere compresi come diretti a far fare al destinatario qualche atto. La chiave perciò è il fatto che chi comanda richiede necessariamente obbedienza da parte del suo destinatario, mentre fare una richiesta è appellarsi alla gentilezza o alla cortesia dell'altro. "Richiedere obbedienza", nel senso qui inteso, implica l'affermazione della superiorità dell'uno sull'altro. Possono darsi tra persone certe relazioni, relazioni di superiorità ed inferiorità, tali che, in un senso o in un altro, si richieda che l'inferiore soddisfi i desideri espressi dall'altro riguardo alla sua condotta. Si dice propriamente che una persona obbedisce ad un'altra, se essa soddisfa volontariamente o involontariamente i desideri espressi dall'altro, riconoscendo che gli si richiede di far ciò in forza delle loro relazioni" (47).

La "chiave", dunque, per intendere la differenza tra comandi ed atti come la richiesta o la preghiera risiede nella relazione esistente tra l'emittente e il destinatario dell'enunciato linguistico in questione. Perché si abbia comando, e non ad esempio consiglio, deve esserci una relazione di superiorità tra i due soggetti. "Comandare -- scrive MacCormick -- è appropriato solo in un contesto di superiorità, mentre richiedere è appropriato [...] tra persone che si riconoscono reciprocamente come eguali, purché esistano tra loro rapporti di amicizia o quanto meno di cortesia" (48). Tale superiorità può essere basata -- secondo MacCormick -- o sulla forza fisica oppure su un corpo di regole condivise dall'emittente e dal destinatario dell'enunciato linguistico, il quale attribuisce superiorità (in senso non fisico, ma sociale) all'emittente. Tuttavia, secondo MacCormick -- ma in contraddizione con quanto aveva detto sopra --, un comando è possibile anche in un contesto nel quale non vi sia alcun rapporto di superiorità tra l'emittente e il destinatario dell'enunciato linguistico considerato. Questo sarebbe il caso, ad esempio, in cui un signore seduto al tavolo di un ristorante dica ad un altro signore, seduto ad un altro tavolo, "dammi il sale". Ciò è meno valido tra italiani. Un italiano, infatti, difficilmente userebbe la seconda persona singolare dell'imperativo per rivolgersi (in lingua italiana) ad uno sconosciuto nella situazione sopra determinata. Un italiano userà la forma di cortesia ("mi dia il sale", o "mi dà il sale?", "può darmi il sale?") accompagnata probabilmente da un "per favore" o "per

piacere"; il che di per sé rivela --mi pare-- che non siamo in presenza di un comando bensì di una richiesta.

MacCormick ritiene allora che, perché si sia in presenza di un comando, l'elemento qualificante è innanzitutto l'intenzione dell'emittente e poi il contesto in cui viene pronunciato l'enunciato linguistico (la relazione tra l'emittente e il destinatario). "La nostra conclusione -- scrive MacCormick -- richiede la rettifica della definizione di Bentham ("un comando è una frase espressione della volontà di un superiore"); un comando è un enunciato che l'emittente vuole che il destinatario assuma come l'espressione della volontà che il destinatario compia qualche atto riconoscendo la superiorità dell'emittente" (49). Ma MacCormick aggiunge subito dopo: "un comando è sincero ed appropriato ("felice") solo se egli [l'emittente] è di fatto superiore al destinatario riguardo all'atto comandato" (50). Un comando così è "felice" (usando la terminologia di John Langshaw Austin (51)) solo se l'emittente è di fatto in una posizione di superiorità rispetto al destinatario. L'intenzione dell'emittente, quindi, non ci dice se ci troviamo in presenza di un vero e proprio comando, oppure ad esempio dell'espressione di una persona egocentrica o più semplicemente scortese (si consideri in merito l'esempio del sale sopra menzionato).

Non ogni enunciazione di "dovere essere" è un comando, ma solo quella che implica un rapporto di superiorità tra l'emittente e il destinatario: questa è la conclusione di MacCormick. A questa conclusione se ne potrebbe affiancare un'altra: il comando non è quello fondato su una relazione di superiorità fisica, ma solo quello basato su una relazione di superiorità sociale. Ma si è superiori socialmente in quanto le norme di una società ci attribuiscono un certo rango. Il comando (politico) rinvia pertanto alla vigenza di un sistema normativo.

Se il comando (almeno quello politico) presuppone, per essere operante, una norma o un corpo di norme, può concludersi quanto segue. (i) Il diritto (la norma) non può essere derivato da un comando, o, -- come scrive Neil MacCormick -- "il dover essere" (*ought*) non è più derivabile dal "devi" (*shall*) di quanto lo sia dall'"essere" (*is*)" (52). (ii) Il comando politico, lungi dall'essere una manifestazione di forza materiale, è prevalentemente un fenomeno normativo, ovvero giuridico *lato sensu*. Il potere politico, il potere di determinare i comportamenti sociali di una comunità, non può definirsi, di conseguenza, come potere di comando, né tantomeno come mero potere di fatto. Esso è così intimamente legato a fenomeni normativi che può spiegarsi solo in termini di norme. Ma se il potere politico può spiegarsi soltanto in quanto fissato da norme, risulta impossibile spiegare le norme come prodotto del potere. Si rivela perciò fallace ogni teoria che tenti di definire il diritto



come espressione o manifestazione o strumento del potere (sia politico sia meramente fisico).

### 3. Ordinamento normativo, potere politico, dominio

Un modo a mio avviso più corretto di esprimere la relazione esistente tra diritto e potere è quello di chi tende a identificare i due termini. In Kelsen, come si è visto sopra, tale identificazione avviene piuttosto sul piano del potere (visto come forza e coazione) che su quello normativo. Nondimeno la riflessione di Kelsen su questo tema offre spunti di grande interesse, i quali possono condurci a conclusioni differenti da quelle cui perviene il giurista austriaco. Questi, infatti, dà forte evidenza all'elemento psicologico nella dinamica dei fenomeni politici.

Nonostante il suo "realismo" politico, Kelsen, quando descrive il modo di manifestarsi dei fenomeni politici, sottolinea sempre che sono le rappresentazioni psicologiche degli individui il motore, o la materia prima, che alimenta il potere politico. Nel 1922, con parole che ripeterà quasi testualmente vent'anni più tardi nella *General Theory of Law and State*, così scrive Kelsen: "Si dice volentieri che lo "Stato" sono i cannoni e le baionette, oppure i mezzi di produzione, ecc. Ci si dimentica però che tutti questi sono solo cose inanimate e indifferenti e che solo l'uso che di essi fanno gli uomini è decisivo. Macchine e mitragliatrici vengono in considerazione nell'ambito del sociale solo in connessione con azioni umane. La regola o norma per queste azioni umane è l'ultima decisiva istanza da cui qui tutto ciò dipende" (53).

Il potere politico -- secondo Kelsen -- non è una cosa, una entità materiale, né una relazione di forze meramente fisiche. "Qualsiasi "potere" (*Macht*) non risiede nell'esistenza di queste cose, di questo patibolo o di quelle "mitragliatrici", ma *solo ed esclusivamente* nel fatto che che gli uomini che si servono dei patiboli e delle mitragliatrici possono essere motivati dalle norme che valgono per loro e che nel loro insieme come ordinamento coercitivo costituiscono lo Stato o il diritto. Ma se ogni "potere" sociale risiede nella forza motivante (*in der motivierenden Kraft*) di certe rappresentazioni normative (*Normvorstellungen*), allora è semplicemente privo di senso rappresentare lo Stato come potere che sta "dietro" le norme giuridiche al fine di renderle effettive" (54). Secondo Kelsen la mera forza non costituisce di per sé un ordinamento politico. Questo -- a suo avviso -- è fondamentalmente un'idea, la rappresentazione di un ordinamento. Gli uomini che occupano le cariche pubbliche -- egli aggiunge -- sono visti come "organi" di una collettività, ovvero di un ordinamento coercitivo generalmente valido. Se così non fosse, e il soggetto fosse pertanto sottoposto agli uomini che detengono la

forza pubblica non già in quanto "organi" di un ordinamento ma in quanto detentori di un potere di violenza, sottoposti quindi non all'ordinamento bensì agli uomini, in tal caso non potrebbe parlarsi di Stato ma solo di una situazione di nuda violenza. La conclusione di Kelsen è che lo Stato, l'ordinamento politico, non è nient'altro che un'idea, la *rappresentazione* di un ordinamento (55).

Tuttavia, questa concezione dei fenomeni politici, e giuridici, la quale sembrerebbe essere tutta concentrata sul riconoscimento dell'aspetto normativo dei fenomeni sociali, accusa un duplice cedimento in senso imperativistico e realistico. Una forte concessione alle concezioni volontaristiche e imperativistiche è fatta dal giurista austriaco quando afferma che la norma è il senso di un atto di volontà (56), aderendo in buona sostanza alla tesi di Dubislav per cui "non v'è imperativo senza imperatore" (*kein Imperativ ohne Imperator*) (57). Un cedimento verso una forma di "realismo politico" si ha quando Kelsen precisa che oggetto della norma giuridica è la sanzione e identifica quindi ordinamento normativo e ordinamento coercitivo, *Gesamtheite Zwangsordnung*.

Contro le tesi volontaristiche del Kelsen "maturo" possono comunque sollevarsi gran parte delle obiezioni che sono state spesso mosse contro l'imperativismo (58). Meno frequenti invece sono, nella letteratura di teoria del diritto, le critiche alla teoria che pone al centro del diritto il fenomeno della coazione e della sanzione. Qui mi preme non tanto ricordare che ci sono una notevole quantità di norme giuridiche che non dispongono sanzioni o che non sono accompagnate da sanzioni, quanto far notare come la qualificazione di un evento come sanzione non possa essere compiuta indipendentemente da una o più norme che attribuiscono a quel certo evento la qualità di sanzione. "L'illecito -- scrive Kelsen -- è la condizione a cui la norma giuridica ricollega la sanzione. Una data condotta umana è un illecito perché a tale condotta intesa come una condizione, l'ordinamento giuridico ricollega, come conseguenza, una sanzione" (59). Da questo presupposto sembrerebbe potersi ricavare che la sanzione, come atto coercitivo, è qualcosa che è tale anche a prescindere dal fatto della sua qualificazione come sanzione e della sua imputazione da parte di una norma ad un certo comportamento configurato di per sé (prescindendo dalla sanzione) come illecito. La sanzione si configurerebbe in tale visione, come un *qualunque* atto coercitivo disposto dallo Stato e imputato ad un comportamento umano, il quale solo in virtù di tale imputazione diviene "illecito".

Un comportamento per Kelsen, come è noto, è "illecito" non in quanto violazione di un comportamento prescritto dalla norma, bensì solo in quanto esso è la condizione dell'applicazione della sanzione. In questa particolare teoria



delle norme giuridiche, vi è dapprima la sanzione, e poi il comportamento illecito che è tale in quanto contro di esso è diretta la sanzione. La sanzione perciò non può essere definita come quel male che è previsto per il caso di inosservanza di un comportamento prescritto da una norma, giacché qui il comportamento prescritto dalla norma si ricava *a contrario* dal comportamento che costituisce la condizione dell'applicazione della sanzione. La sanzione è un evento che si qualifica come tale (come sanzione) a prescindere dalla violazione di una prescrizione. Nella dottrina tradizionale per la quale vale la distinzione tra norma primaria (che prescrive una certa condotta) e norma secondaria (che prescrive la sanzione) la sanzione può definirsi come quel male che è imputato ad un illecito, là dove il comportamento illecito si dà come violazione del comportamento prescritto, ed è definibile ed accertabile a prescindere dall'imputazione ad esso di una sanzione ed anche nel caso paradossale che ad esso non sia imputata alcuna sanzione. Nella dottrina di Kelsen è, invece, la definizione dell'illecito che dipende dall'imputazione della sanzione ad un certo comportamento (che sarà per l'appunto l'illecito). Insomma, mentre nella dottrina tradizionale, la qualificazione di un atto come sanzione dipende dalla norma che imputa un certo male ad un evento già qualificato come illecito, nella dottrina kelseniana la definizione di un atto come sanzione dipende non tanto da una norma, quanto dal carattere intrinseco dell'atto, vale a dire dal suo carattere coercitivo. Ciò risulta chiaramente, ad esempio, dalla distinzione kelseniana tra "norme autonome" e "norme non autonome".

Kelsen riconosce pure all'interno di un ordinamento l'esistenza di norme che non dispongono una sanzione, ma le qualifica norme "non autonome" e le ricollega a qualche norma che disponga una sanzione. "Se un ordinamento giuridico, per esempio una legge votata dal parlamento -- scrive il giurista austriaco --, contiene una norma che prescriva un certo comportamento, ed un'altra norma che ricollegghi una sanzione alla violazione della prima, la prima norma non è autonoma, ma strettamente collegata con la seconda" (60). Ma se vi sono diversi tipi di norme -- e ciò sembra essere qui riconosciuto da Kelsen --, e non tutti questi dispongono una sanzione, come faremo a riconoscere un certo atto come sanzione, se non ricorrendo a caratteristiche estrinseche al fatto che quell'atto è prescritto da una norma? La sanzione, per essere riconosciuta come tale, non può qui far riferimento ad un criterio, normativo, ma solo ad un criterio materiale, empirico. In questa prospettiva sarebbe allora possibile descrivere un atto come sanzione a prescindere dall'esistenza di una norma o di un ordinamento normativo. O ancora utilizzando una terminologia non usata da Kelsen potrebbe allora dirsi che la sanzione è un "fatto brutto" e non un "fatto istituzionale" (61). Ciò però conduce a conseguenze paradossali e inaccettabili per qualunque giurista, ed inoltre insidia la "purezza" della scienza giuridica preconizzata da Kelsen.

Si consideri la norma *x* valida e efficace in molti ordinamenti giuridici moderni "chi ha un reddito deve pagare allo Stato una certa somma di denaro in proporzione del suo reddito". E' certo che il pagamento della somma di denaro allo Stato costituisce un male per chi deve effettuarlo. E' anche certo che la norma *X* sopra considerata ha una struttura simile alla norma *Y* del pari valida ed efficace in molti ordinamenti giuridici moderni "chi pone una vettura dinanzi ad un ingresso su cui sta scritto "passo carraio" deve pagare una somma di denaro allo Stato". Dalla norma *X* segue tuttavia che è vietato porre una vettura dinanzi ad un portone con la scritta "passo carraio". Eppure, ad entrambi i comportamenti ((i) avere un reddito e (ii) parcheggiare un'auto dinanzi ad un portone con la scritta "passo carraio")) è imputato il medesimo evento, il pagamento allo Stato di una certa somma di denaro. Si è però che quell'evento è il medesimo solo se considerato da un punto di vista "esterno" come "fatto brutto", ma non è più lo stesso se considerato da un punto di vista interno, come "fatto istituzionale". Con riferimento all'ordinamento normativo, il pagamento di una somma di denaro allo Stato, nel caso della norma *X* è un'imposta e solo nel caso della norma *Y* è una sanzione (una multa). Un atto coercitivo, che di per sé, dal punto di vista "esterno", è solo un "fatto brutto", può atteggiarsi dal punto di vista "interno", come "fatto istituzionale", in modi assai diversi ed anzi tra loro opposti. Si pensi al fatto brutto dell'incatenamento di una persona che può costituire un arresto o un sequestro di persona, o alla morte violenta procurata da un essere umano a un altro essere umano che può essere qualificata ora come pena capitale ora come omicidio.

Le conclusioni da tirare a questo punto sono due: (a) non è possibile definire il concetto di sanzione attraverso criteri puramente empirici; (b) il concetto di sanzione rinvia ad una norma di condotta, la cui violazione è la condizione della sanzione (62). La norma giuridica pertanto non può essere definita in funzione della (mediante la) sanzione; al contrario è la sanzione che può essere definita solo in funzione della (mediante la) norma.

Inoltre, se concepiamo la sanzione in termini meramente materiali o empirici, come ad esempio un male o un danno di carattere economico o fisico o anche morale, ed assumiamo che oggetto delle norme giuridiche sia esclusivamente, o anche solo principalmente, la comminazione di un tal danno o male, la definizione della norma e l'accertamento della sua esistenza dipenderanno da elementi extranormativi (materiali o empirici). Il che equivale a sostenere che la scienza giuridica come conoscenza normativa (qualunque cosa ciò voglia dire) non basta a se stessa, e necessita elementi sussidiari di conoscenza empirica. Se però si accetta questa conclusione, non potrà più difendersi la tesi, tanto cara al giurista austriaco, della "purezza" della scienza giuridica.



Tuttavia, nonostante i limiti e i cedimenti imperativistici e "realistici" della dottrina kelseniana, a me pare che, per comprendere la relazione diritto-potere e infine per spiegare questi due fenomeni, la strada imboccata da Kelsen, quella dell'identificazione dei due fenomeni, sia quella da percorrere fino in fondo. Con un'avvertenza: quella di aggirare la dottrina della coattività come elemento caratteristico del fenomeno giuridico e di non isolare il diritto entro le mura della costruzione, per altro storicamente recente, dello Stato.

Se si accoglie il punto di vista dell'antropologia, che più si è occupata del rapporto esistente tra natura e società, o come spesso si dice tra natura e "cultura", la società risulta essere non una realtà di tipo fisico, di "fatti bruti", bensì il prodotto delle rappresentazioni collettive degli individui che compongono quella società, cioè un insieme di "fatti istituzionali" (63). Grazie al linguaggio ed alla sua capacità di evocare ciò che non è presente ai sensi per mezzo della relazione di significazione, l'uomo diviene un *animal symbolicum* (64). Il comportamento umano non si costituisce più attraverso una catena di stimoli e di risposte e per riflesso condizionato, ma filtra gli istinti e gli stimoli che gli pervengono dalla sua struttura sensoriale attraverso lo schermo simbolico costituito dal linguaggio, dai concetti e dalle significazioni radicati in quello. Si pensi, ad esempio, al fatto elementare (ma non esclusivamente "bruto") che il cibo, prima di essere mangiato dall'uomo, viene in genere cotto, a differenza di quanto avviene tra gli animali, e cotto da ogni società in maniera differente. Il comportamento umano -- se si accoglie la tesi "culturalistica" -- non è solo meccanicamente o istintivamente, ma anche simbolicamente determinato. Ma "simbolicamente determinato" equivale -- mi pare -- a "normativamente determinato". Il simbolo non determina con cogenza causale, bensì mediante un sistema di rimandi, di significazioni, che possono anche essere infranti.

Senza addentrarci troppo nel campo dell'antropologia o dell'etologia umana, si può sostenere a ragion veduta che il comportamento tipicamente umano ha almeno due caratteristiche: (a) è in certa misura libero da determinazioni istintuali, (b) è intenzionale. Ciò ha per effetto una notevole indeterminazione delle traiettorie dell'agire umano, più alta sicuramente di quella del comportamento animale. Tale indeterminazione ovviamente rende più difficile la risposta dell'essere umano alle varie situazioni cui deve reagire, e la costituzione della sua propria traiettoria d'azione. A questa indeterminazione si supplisce con la creazione di modelli precostituiti d'azione e di idee di azione. L'uomo per agire ha bisogno, una volta affievolitasi la determinazione istituzionale, di regole di condotta. Queste a loro volta si basano su *idee* di condotta. Vale a dire su concezioni sul modo in cui l'uomo deve essere, su *Weltanschauungen*. L'uomo cioè agisce secondo ciò che egli crede sia la

maniera in cui egli agisce (o deve agire). L'azione umana è così determinata da regole di condotta che corrispondono a certi concetti (non soltanto di azione, ma anche concernenti l'"essere" stesso del soggetto). Il contadino siciliano uccideva la moglie fedifraga, perché esisteva una regola sociale (non scritta) che prescriveva la punizione con la morte del tradimento, e tale regola era fondata su una certa immagine e su un determinato "concetto" dell'"essere uomo" (nella fattispecie il cosiddetto "uomo d'onore").

Come scrive Antony Flew, "c'è un numero enorme di tipi di comportamenti [...] nei quali il possesso di certi concetti è un presupposto dell'azione: questi concetti sono dunque intrinseci alle azioni di questo tipo" (65). Ciò vale ovviamente non per tutti i comportamenti dell'uomo, ma solo per quelli tipicamente umani (e sociali). In questo senso, allora, la norma (o il simbolo) è costitutiva dell'essere sociale. Se così è, ad un livello basico diritto (inteso in senso latissimo come sistema di regole) e società coincidono. Ciò del resto era stato intravisto (ma per essere subito rifiutato) da Kelsen nella sua polemica con Eugen Ehrlich, quando rimprovera a questo di dissolvere, negando che la coattività sia carattere distintivo del diritto, la differenza tra ordinamento giuridico e ordinamento sociale. D'altra parte, per Kelsen -- con qualche tentennamento (66) -- diritto e società sono entrambi "ordinamenti della condotta umana" e dunque fenomeni normativi (67).

Quando, però, io dico che, partendo dal presupposto del carattere simbolico del comportamento umano, può affermarsi che diritto e società coincidono, intendo dire qualcosa di diverso da ciò che sostiene Kelsen quando accomuna nella medesima categoria di "ordinamento" il diritto e la società. Innanzitutto, quando parlo di diritto, a questo punto della mia argomentazione, intendo la rete simbolica generale che costituisce come "tipicamente umano" il comportamento dell'uomo, e dunque faccio uso del termine "diritto" in un senso generalissimo e equivalente a quello di "fenomeno normativo". D'altra parte, quando dico che la società si costituisce attraverso una rete di simboli (norme), non penso ancora all'ordinamento particolare di una società (alle sue istituzioni politico-giuridiche) ma al fatto basico della sua esistenza, alla sua possibilità di esistere, ad un originario "strato" normativo", il quale è dato essenzialmente dal linguaggio. Su questo primo "stato", o grazie a questo primo costitutivo livello normativo, è possibile la costruzione di un ordinamento sociale in senso stretto, di costumi, consuetudini, usanze, principi socialmente condivisi.

Ma se il comportamento sociale è retto da norme (linguistiche prima e sociali in senso stretto in séguito), non può darsi fenomeno di potere politico che non sia retto da tali norme. In questo senso, diritto (inteso come fenomeno normativo in senso lato) e potere politico (inteso come gestione



degli affari di una comunità) finiscono per identificarsi. Tuttavia, resta da definire da un lato cosa sia il diritto in senso stretto e d'altra parte rimane da porre la distinzione tra la politicità intrinseca dell'ordinamento sociale (cui ho ricondotto il concetto di potere politico) e i fenomeni di gerarchia politica che io propongo di definire come *dominio*.

Per spiegare la formazione del *dominio* che si sostanzia in genere in una serie di rapporti tra superiore politico e inferiore politico, non posso più fare riferimento a situazioni di mera costrizione fisica, una volta accolta la tesi del carattere normativo dell'essere sociale. Io credo che si abbia dominio là dove le norme "istituzionali" (in senso stretto) -- un terzo "strato" normativo dopo quello "primario" del linguaggio e quello "secondario" dei costumi sociali --, le quali regolano espressamente e formalmente i comportamenti sociali (e costituiscono così il diritto in senso stretto), siano ipostatizzate e sottratte alla disponibilità dei consociati.

Per ciò che concerne le norme basiche dell'essere in società (il linguaggio), e quelle dell'ordinamento sociale (i costumi), va detto che queste norme sono sempre il prodotto dell'uomo, e sono quindi in certa misura arbitrarie e casuali, e mai il risultato di forze oggettive (quali potrebbero essere una supposta natura dell'uomo uguale a sé stessa, o una dinamica interna ai sistemi viventi e a quelli sociali). Tuttavia, è evidente che tali norme, pur essendo un prodotto dell'attività umana, lo sono inconsapevolmente o inconsciamente. Esse sono --come dice Hayek-- il risultato sì dell'azione dell'uomo ma non del suo disegno (68).

La società come essere sociale e come ordinamento non è affatto, al contrario di quanto supponevano taluni giusnaturalisti, il risultato di un *pactum unionis*, cioè di una decisione cosciente e volontaria dei membri di quella data società. A questo proposito, mi pare più convincente la posizione di Hume, il quale, pur non negando che il consenso degli associati svolga un certo ruolo nella costituzione e nel mantenimento dell'ordine sociale, sottolinea il carattere largamente spontaneo delle associazioni umane e nota che la forza è spesso all'origine dei vari regimi politici.

Nel pensiero di Hume si intersecano due concezioni del potere politico. L'una è quella che riconosce il ruolo giocato dal consenso e dall'opinione, e che riconnette a questi l'efficacia degli atti coattivi dell'autorità e la stabilità dell'ordinamento politico; l'altra invece è quella che pone la forza a base del fenomeno giuridico. "La forza -- scrive Hume -- che oggi domina, fondata su flotte ed eserciti, è semplicemente politica, derivata dall'autorità che è effetto d'un regime istituito. La forza d'un uomo sta nel vigore delle membra e nella saldezza del suo animo, qualità che non potrebbero mai assoggettare le

moltitudini al comando d'un solo. Nulla può aver operato ciò se non il loro stesso consenso e la coscienza dei vantaggi che scaturiscono dalla pace e dall'ordine" (69). Si ricordi anche la nota affermazione: "E' dunque soltanto sull'opinione che si fonda il governo, e questa massima vale tanto per il regime più dispotico e marziale quanto per il più libero e popolare" (70).

Come è noto, Hume individua due tipi principali di opinione: (a) l'opinione di interesse e (b) quella di diritto. Quest'ultima è a sua volta distinta in (i) opinione del diritto al potere, e (ii) opinione del diritto alla proprietà. Il primo tipo di opinione, quella d'*interesse*, consiste nella convinzione che il regime politico vigente sia vantaggioso per la collegialità. Essa si risolve in un calcolo prudenziale. *L'opinione del diritto al potere* è la convinzione che i detentori del potere nel regime politico vigente abbiano diritto alla detenzione di quel potere.

Tuttavia, ai contrattualisti che sostengono non solo l'ipotesi "storica" del "contratto originario" per cui la società civile sarebbe sorta da un accordo tra i suoi membri ma anche l'ipotesi teorica del contratto come fondamento giustificativo del regime politico vigente, Hume obietta che in nessun luogo il potere politico giustifica il proprio operato in virtù di una relazione contrattuale tra il suddito e il sovrano. "Ma se questi ragionatori si guardassero intorno, vedrebbero -- scrive Hume -- che al mondo nulla corrisponde sia pure minimamente alle loro idee, nulla conferma una costruzione così raffinata e filosofica. Al contrario, vediamo dovunque re che considerano i sudditi come proprietà privata e affermano il proprio incondizionato diritto di sovranità, per conquista o per successione. Vediamo pure dovunque sudditi che riconoscono questo diritto al loro sovrano e ritengono di avere fin dalla nascita obblighi di obbedienza verso di lui, così come sono tenuti a onorare determinati genitori e tributano loro obbedienza. Queste relazioni sono sempre concepite come indipendenti entrambe dal nostro consenso, in Persia e in Cina come in Francia e in Spagna, e persino in Olanda e in Inghilterra e dovunque le dottrine sopra menzionate non vengano con tanta cura inculcate" (71).

Ma anche l'ipotesi del "contratto originario" è -- secondo Hume -- insoddisfacente. "Quasi tutti i regimi oggi esistenti -- egli scrive -- o di cui resti testimonianza nella storia, furono in origine fondati su usurpazione o su conquista o su entrambe, senza alcuna finzione di libero consenso o di volontaria soggezione al popolo" (72). Al fondo di quest'ultima affermazione di Hume, in netta contraddizione con l'opinione da lui espressa in precedenza secondo cui è l'opinione a costituire il potere politico, vi è - io credo - una visione pessimistica della storia: "La faccia della terra -- egli scrive -- cambia continuamente, perché piccoli regni diventano grandi imperi, grandi imperi si frantumano in piccoli regni, colonie vengono fondate e popoli migrano. Si



rivela forse in tutti questi eventi qualche cosa di diverso da forza o violenza? Dov'è il reciproco accordo o l'associazione volontaria di cui si parla?" (73).

Alla critica di Hume nei confronti del contrattualismo i fautori di questo potrebbero però replicare richiamandosi a una distinzione assai cara al filosofico britannico: a quella tra "essere" e "dover essere". Il contrattualista potrebbe replicare alle critiche di Hume che la sua dottrina è puramente normativa, si compone di enunciati prescrittivi, mentre il realismo di Hume è una teoria descrittiva, una teoria sociologica *ante litteram*. L'intento del contrattualista -- al contrario di quello di Hume -- non è di *spiegare* bensì di *giustificare* un certo regime politico (74). Comunque, alla teoria "realistica" di Hume si possono opporre gli argomenti sviluppati dal Hume "normativista", in particolare da quello che rileva che la forza di cui si tratta nella formazione dei regimi politici non è quella fisica di un individuo bensì la forza organizzata di un gruppo, la quale per costituirsi necessita che i suoi membri condividano principi e regole comuni.

Hume, infatti, distingue il consenso da ciò che egli chiama -- come si è visto -- "opinione". "Supponiamo -- egli scrive -- che un esercito reclutato in terra straniera riporti sul trono il sovrano del luogo: i sudditi lo accolgono con gioia esultando, e con chiari segni della riluttanza con cui si sono assoggettati a un giogo diverso. Mi chiedo su quale fondamento riposi il diritto di quel sovrano. Non certo sul consenso popolare, perché accettando di buon grado la sua autorità il popolo non pensa davvero che sia il suo consenso a renderlo sovrano. Acconsente perché sa che egli è già, per nascita, principe legittimo" (75). Ciò che determina quindi l'obbedienza del suddito non è il consenso puro e semplice che in sé costituirebbe il fondamento della sovranità, bensì l'opinione che quel certo sovrano sia legittimo, in quanto si condividono certe regole e certi principi riguardo alla formazione del potere sovrano, in questo caso riguardo alla successione del principe legittimo. Certo, anche in questo caso vi è consenso ma non si tratta del consenso assolutamente originario dei contrattualisti la cui unica fonte è la ragione, bensì è un consenso motivato dal riconoscimento di certi comuni principi, opinioni e regole. Questi -- per Hume -- sono in larga misura prodotto di costumi e consuetudini cui il tempo ha attribuito la sanzione della "giustizia", sono sì -- per riprendere l'espressione di Hayek -- prodotto dell'uomo, ma non del suo "disegno".

La società è invero il risultato di processi largamente sottratti alla volontà umana, che pure hanno le loro radici nelle menti e nelle azioni degli individui. Al livello istituzionale, che è quello tipicamente giuridico, e politico, di norme poste per regolare gli affari dei componenti del gruppo sociale dato, possono darsi due possibilità. (i) La prima è che anche le norme "istituzionali" siano il risultato *inconsapevole* dell'attività dei membri del

gruppo. In tal caso, che è in genere quello delle società cosiddette primitive, queste norme sono di per sé -- in quanto esse non sono discutibili giacché non si ha consapevolezza della loro esistenza come regole umane (e non come leggi divine o naturali) -- ipostatizzate, e così la politicità intrinseca della società si fa "dominio". (ii) La seconda è che queste norme siano poste *consapevolmente* dai consociati. Perché qui si abbia una situazione di "dominio" (vale a dire, alla fine dei conti, di sottomissione, di un "inferiore politico" ad un "superiore politico"), non deve guardarsi tanto al contenuto di quelle norme quanto al loro rapporto con i consociati. Se esse sono discutibili e modificabili, se cioè la comunità mantiene il suo controllo su queste sue creature, non si ha null'altro che la gestione della cosa collettiva, ovvero politicità nel suo senso più genuino. Altrimenti, se la comunità non può discutere né modificare espressamente le sue norme, allora si ha -- riadattando la terminologia marxiana -- *alienazione*, per cui il prodotto dell'uomo (in questo caso non un manufatto, ma una norma) viene sottratto alla disponibilità di questo (in questo caso non all'"uso" bensì alla discussione e alla modificazione del prodotto umano). Ciò è quanto costituisce, a mio avviso, il fenomeno politico che ho chiamato "dominio". Il "dominio" pertanto, lungi dall'essere il "produttore" delle norme giuridiche (come afferma il "realismo politico"), ne è il "prodotto", là dove -- per varie cause -- queste norme vengano considerate indiscutibili e imm modificabili da parte della comunità.

Paradossalmente rispetto alla terminologia tradizionale (76), se si considera il "governo delle leggi" in quanto contrapposto al "governo degli uomini" come un sistema politico in cui le norme sfuggono sempre e comunque alla consapevolezza e volontà dei consociati, tale "governo delle leggi" sfocia in una situazione di oppressione politica e non in un regime di libertà. Il "governo degli uomini", a sua volta, se concepito come sistema politico in cui le norme sono sempre "disponibili" al mutamento da parte dei consociati, cioè da questi sempre criticabili e discutibili, risulta costituire non un regime dispotico, bensì quella "società aperta" di cui solo con la "modernità" abbiamo cominciato a intuire la possibilità.

#### 4. Autonomia, eteronomia, ideologia

Mentre la teoria di Franz Neumann è più una dottrina della razionalità della legge generale e dello Stato di diritto, quella di Thomas Paine è una delle espressioni più significative del costituzionalismo moderno, vale a dire della concezione che pone il principio del primato della legge o del diritto sul potere politico. Il diritto, secondo questa concezione, è un limite all'esercizio del potere. Per il costituzionalismo "un potere politico è "limitato" quando



l'attività che gli è propria, quella di emanare comandi sotto forma di norme la cui efficacia è affidata in ultima istanza alla coazione, è a sua volta regolata da norme superiori, che pongono vincoli circa quello che può essere imposto dal potere con norme coattive" (77). In questo caso, delle due l'una: o le norme superiori che "limitano" il potere politico sono espressione di un altro potere (e ciò in contraddizione con la teoria che concepisce lo Stato moderno come ente che detiene il monopolio del potere politico). Oppure tali norme superiori sono in qualche modo espressione dello stesso potere che esse limitano (ed è la teoria nota di Georg Jellinek, e di altri, dell'"autolimitazione" dello Stato). Ma in quest'ultimo caso tale autolimitazione (che può convivere con una concezione dello Stato come monopolio della forza) è comunque esposta all'arbitrio del potere politico. Quali garanzie abbiamo che il potere che si "autolimita" non voglia più farlo? Nel caso in cui si postulassero quelle "norme superiori" come dotate di qualità distinte da quelle emanate dal potere politico, nel caso cioè in cui si vedesse in esse il dettato della ragione, della natura, o di Dio, o -- in una concezione giusformalistica -- una garanzia intrinseca connessa al loro carattere generale e astratto, tali concezioni potrebbero difficilmente sfuggire all'accusa di essere idealistiche. La norma superiore che limita il potere politico, per essere efficace, deve avere dietro di sé un qualche potere che la vuole e la realizza. Allora, non è tanto la norma in sé a limitare il potere politico quanto un altro potere che in qualche misura si contrappone al primo e costituisce un contrappeso e un freno a questo. Da considerazioni analoghe traeva origine la teoria della divisione dei poteri, che vedeva come limite del potere politico la frantumazione di questo e non la legge astrattamente considerata.

Ma come fondare la "norma superiore"? Per taluni la soluzione è il contrattualismo. Tra questi vi è Michelangelo Bovero. "Se non è possibile far derivare una norma attributiva di potere legittimo da un altro potere che non sia potere di fatto -- scrive Bovero --, non vedo altro modo per tener fermo alla superiorità della norma sul potere legittimo, se non considerando l'obbligo di obbedienza contenuto nella norma come frutto della stessa volontà dei consociati [...] Si torna così alla prospettiva contrattualistica" (78).

Il rapporto tra norma "superiore" e potere richiede qualche riflessione ulteriore. Al livello basico della struttura sociale, potere e norma coincidono. Essi coincidono, in quanto il comportamento tipicamente umano (sociale) non è in sé naturale, prodotto necessario di istinti e bisogni naturalmente (per natura) determinati. Il comportamento tipicamente umano è in larga misura "simbolicamente" (il che equivale a dire "normativamente") fondato. In questo senso generalissimo, ogni comportamento sociale è giuridico

(normativo), e diritto e società coincidono. Il potere politico è, pertanto, norma in quanto esso si fonda su questa rete diffusa di norme che è la stessa società. Si obbedisce in buona sostanza perché nella cultura di una società data è prescritto che si debba obbedire o perché, semplicemente, non v'è altro modo per fruire di certi ambiti di azione. In questo senso generalissimo potere e diritto coincidono, perché entrambi sono espressione dello stare in società.

Ma vi è un ulteriore livello normativo, che è quello del diritto positivo (del diritto vigente secondo norme scritte o consuetudinarie), e che costituisce il piano "istituzionale" di una società. Solo qui si pone concretamente, ed ha un senso, la questione di una distinzione tra norma (diritto) e potere politico. Ma la distinzione (o alternativamente la indistinzione) tra diritto (positivo) e potere (politico) non è una distinzione *di fatto*; essa è una distinzione normativa o meglio *simbolica*, che trova origine nel primo livello normativo della società. Questa (i membri di questa) costruisce (costruiscono) le proprie istituzioni *pensandole*, non in senso idealistico si badi, ma in quanto pone (pongono) i referenti simbolico-culturali di cui tali istituzioni sono in buona parte costruite. Così per esempio, una società può pensare il proprio potere politico svincolato da ogni limite (o norma), oppure può pensare il contrario: il potere politico limitato da una norma che gli è superiore. In verità, però al livello normativo originario, il potere è sempre limitato, giacché esso non può costituirsi che entro le norme che una società si dà. (Anche là dove il potere politico si dia per obiettivo una *tabula rasa* della società precedente, è sempre da questa che procede, dai suoi costumi, dalla sua cultura, dal suo linguaggio, per quanto forte e radicale sia il suo rifiuto di essa). La successiva limitazione del potere al livello istituzionale non può essere questione *di fatto*. Il potere sarà limitato e il diritto gli sarà superiore, se lo si costruisce simbolicamente come limitato ed *inferiore* al diritto. Ma lo si potrà costruire (simbolicamente, o per simboli) come *illimitato*. Tale costruzione, ovviamente, sarà tanto più efficace, in un senso o in un altro, quanto più conseguente essa sarà rispetto ai suoi fini e quanto più si doterà di mezzi materiali (di forza sociale) per garantirsi contro possibili attacchi. Il rapporto norma-potere al livello istituzionale non è pertanto un "dato", bensì un problema che va affrontato e risolto continuamente dai consociati. Tale soluzione può darsi in maniera inconsapevole come risultato non voluto di atti intenzionali, oppure, quando il problema è noto alla società, può darsi in modo cosciente.

Al livello originario, di base, della società, ogni struttura sociale è autonoma, si dà cioè le sue proprie norme, giacché le regole sociali non sono assai probabilmente riflesso di leggi universali di natura o di ragione o di determinazione di volontà divina. Questa "autonomia" primigenia, questa "au-



tonomia" in senso generalissimo, può non riflettersi a livello istituzionale e corrispondere ad una "autonomia" in senso stretto. (Definisco "autonomia in senso stretto" quella situazione in cui le regole istituzionali sono il prodotto cosciente e volontario dei consociati). Qui può vigere la più rigida "eteronomia". Ma essa vige comunque sulla base dell'"autonomia" di base, per quanto ciò possa sembrare paradossale. Anche se gli uomini obbediscono ad un dittatore, e la loro vita dipende dalla volontà di uno o di pochi, non può dirsi che questa situazione sia retta da regole extraumane. Il concetto di "autonomia" nel senso generalissimo qui utilizzato equivale a quello di "diritto positivo" *lato sensu*, vale a dire a diritto posto dall'uomo (79). Anche nel caso in cui gli uomini obbediscano ad un tiranno, essi continuano a darsi nondimeno in maniera del tutto inconsapevole e spontanea le loro norme di comportamento.

Di fatto, quando parliamo di una norma distinta dal potere politico, questa norma non esiste. Esiste invece una concezione normativa del piano istituzionale che prescrive una norma ed un potere separati. In realtà, questi sono collegati strettamente, nel senso che il potere politico si erige su una base normativa precedente ed è a sua volta emanatore di norme. La concezione normativa fissa, per ciò che concerne il livello "secondario" delle norme sociali, nel quale si trovano il sistema politico e giuridico, la divisione tra sistema giuridico e sistema politico, tra diritto e potere. Ciò non vuol dire che tale divisione sia immaginaria. Essa invece è reale, ha effetti assai concreti sulla vita dei consociati, ma essa è una "costruzione", una funzione simbolica rispetto alla realtà sociale che è data dal rapporto inestricabile di norme e possibilità di azione. Tale divisione è il contenuto di *alcune* delle norme sociali che si pongono al livello che abbiamo detto "istituzionale".

Qui si pone un ulteriore problema, quello delle cosiddette "ideologie". Alla locuzione "ideologia" possiamo attribuire almeno tre significati, il primo tratto dal linguaggio ordinario, e gli altri due dalla tradizione di pensiero marxista: (i) "ideologia" come corpo di idee, come teoria, o dottrina, (ii) "ideologia" come ambito distinto da quello della realtà materiale vale a dire come realtà ideale o anche, usando la terminologia marxista, come "sovrastruttura"; (iii) "ideologia" come "falsa coscienza", come *Weltanschauung* che non corrisponde alla realtà effettuale o che dà di questa un'immagine distorta, in genere funzionale al consolidamento di certi interessi (78). E' su questo terzo significato del termine che voglio qui brevemente soffermarmi. Ho sostenuto sopra che le istituzioni di una società sono costituite dai membri di una società per mezzo di una concezione normativa largamente condivisa. L'obiezione ovvia a questo punto è la seguente. Molti regimi politici diffondono (ed hanno) di sé una concezione che non corrisponde alla realtà effettuale. Per esempio, il nazionalsocialismo affermava di

assicurare la partecipazione effettiva dei *Volksgenossen* alla gestione della *Volksgemeinschaft*, ma noi tutti sappiamo che di fatto le decisioni erano concentrate in un pugno ristretto di *leaders* del partito nazista, la NSDAP. Allora, come si concilia questa discrasia (tra la concezione che si ha o presenta delle proprie istituzioni e la realtà effettiva di tali istituzioni) con la tesi che le istituzioni si costruiscono in virtù dell'idea che si ha di esse?

A questa obiezione assai legittima la mia replica può essere riassunta nelle proposizioni seguenti. (i) Non tutte le rappresentazioni (concezioni) di istituzioni sono ideologiche. (ii) Nessuna ideologia (come mera "falsa coscienza") è una concezione che è costitutiva di istituzioni. (iii) Una concezione normativa è ideologica (nel senso appena detto di "falsa coscienza"), se e solo se essa non corrisponde al funzionamento effettivo delle istituzioni di cui si tratta. (iv) Concezione normativa costitutiva delle istituzioni date è quella che corrisponde al funzionamento effettivo delle istituzioni.

Per distinguere tra ideologia (come "falsa coscienza") e la concezione normativa fondamentale di una società basta esaminare se certi postulati corrispondono o meno alla realtà sociale effettiva della società. Allorquando, per esempio, la costituzione sovietica del 1936, proclamava certi diritti dei cittadini quali quelli di associazione di riunione ecc., per stabilire se tali proclamazioni erano "ideologiche" o invece elementi della concezione normativa fondamentale dell'Unione Sovietica, bastava andare a vedere se i cittadini sovietici potevano effettivamente (senza incorrere in sanzioni) riunirsi e associarsi liberamente. Una volta però constatato il carattere "ideologico" di tale proclamazione, la conclusione ulteriore da trarre non è quella, comune a tanti pensatori di indirizzo funzionalistico e realistico (da Marx a Pareto a Lundstedt), secondo cui la realtà delle istituzioni in questione è retta solo da forze puramente materiali, e quindi che ogni concezione normativa è sempre mera ideologia (o addirittura -- come nel caso di Marx e di Lundstedt -- che lo stesso diritto è ideologia). Per giungere validamente a tali conclusioni bisognerebbe inserire un'ulteriore premessa, quella secondo cui le azioni umane sono governate esclusivamente da bisogni e istinti materiali. Se non si condivide questa tesi, e si ritiene invece che l'uomo agisca secondo le sue idee di azione, secondo valori di azione che presuppongono sempre in certa misura tipi (idee) di azione (80), allora le conclusioni sopra menzionate sono argomentativamente ingiustificate. Il che non significa escludere i bisogni dal vasto spettro delle determinanti delle azioni umane, ma solo ritenere che questi o si accompagnano ad altre determinanti impennate su deliberazioni oppure entrano a far parte di queste ultime come premesse di un ragionamento pratico. Ma per far ciò, per presentarsi come premesse di un ragionamento, tali bisogni devono assumere un contenuto proposizionale, far parte cioè del contenuto semantico di giudizi ed enunciati (81). La capacità



quindi di tali bisogni di determinare l'azione umana passa innanzitutto per la comprensione e l'interpretazione del contenuto semantico degli enunciati nei quali sono espressi e poi per l'operazione deliberativa entro la quale quegli enunciati si incardinano.

Se nella Russia di Stalin la costituzione del 1936 è carta straccia, mera "ideologia", ciò non ci autorizza a negare che ci fosse un'altra concezione normativa che di fatto era costitutiva del funzionamento delle istituzioni sovietiche staliniane, la quale poi non è nemmeno troppo difficile da rinvenire, trattandosi del marxismo-leninismo così com'è "inventato" proprio da Stalin. Parimenti, in una società cosiddetta primitiva, in cui la concezione sociale prevalente sostenga che l'ufficio di sciamano è aperto a tutti, e invece si constati che tale ufficio è detenuto sempre dai membri di una data famiglia, non ci si dovrà limitare ad affermare che quella concezione è mera "ideologia" e giungere a sostenere che quindi la società è retta solo dalla forza delle cose o dalle funzioni del gruppo sociale. Si dovrà invece dire che il vero punto di vista interno della società primitiva in questione non è quello per cui la carica di sciamano è aperta a tutti, bensì quello per cui questo è riservato agli appartenenti ad una certa famiglia alla quale si attribuiscono particolari qualità e uno *status* speciale. Certo, potrebbe anche darsi che una famiglia, in barba alla concezione sociale generalmente condivisa, che stabilisce che la funzione di sciamano è accessibile a tutti, riesca con la frode o con la forza per un certo periodo di tempo a monopolizzare la detenzione della carica di sciamano. Ma a tale situazione si pongono due sviluppi: o il monopolio di quella famiglia si consolida, viene cioè riconosciuto dalla collettività (ed allora entra a far parte della concezione normativa sociale); oppure esso si attenua e non riuscendo a imporsi ulteriormente, e a divenire norma sociale, viene travolto dalla riaffermazione della precedente norma sociale che proclamava il libero accesso alla carica di sciamano di tutti i consociati. In ogni caso, l'accesso alla carica di sciamano non sarà spiegabile in termini di relazioni "materiali", di "funzioni", estranee alle costituzioni simboliche e culturali (dunque normative), di quella certa società.

## NOTE AL CAPITOLO TERZO

- (1) H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, II ed., Mohr, Tübingen 1928, p. 77.
- (2) Vedi G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlin 1900, p. 9 ss., p. 25 ss., p. 47 ss. Jellinek nondimeno distingue le scienze sociali da quelle naturali argomentando che le prime sono -- per così dire -- individualizzanti (v. ivi, pp. 25-27).
- (3) H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, V ed., Etas, Milano 1978, p. 196.
- (4) In merito cfr. quanto scrive E. PATTARO, *Lineamenti di teoria del diritto*, CLUEB, Bologna 1985.
- (5) H. Kelsen, *op. ult. cit.*, p. 196.
- (6) Ivi, p. 197.
- (7) H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., p. 82.
- (8) *Ibidem*.
- (9) Sulle differenze, per ciò che concerne la concezione dello Stato, tra "dottrina pura" e "teoria analitica del diritto", vedi H. Kelsen, *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, in "Harvard Law Review", 1941.
- (10) H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., p. 83. Rendo col corsivo lo spaziato del testo.
- (11) H. Kelsen, *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, trad. it. (di Renato Treves), *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in appendice a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, III ed., Einaudi, Torino 1973, p. 198.
- (12) H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., p. 83.
- (13) Ivi, p. 80.
- (14) Non è sufficientemente chiaro se per Kelsen la dimensione sociale debba assimilarsi a quella naturale causale, e quindi la sociologia ad una scienza empirica causale. Anche se spesso pare che egli affermi decisamente tale assimilazione, vi sono tuttavia luoghi della sua opera in cui la società è vista come una dimensione normativa, mondo del *Sollen* e non del *sein*, e di conseguenza la scienza sociale è concepita come scienza normativa. Vedi ad esempio H. Kelsen, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Springer, Wien 1930, pp. 6-7.
- (15) Su ciò, cfr. H. Kelsen, *Vorrede zur zweiten Auflage*, in H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., p. V.
- (16) H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., p. 133.
- (17) Ivi, p. 185.



- (18) *Ibidem*.
- (19) N. BOBBIO, *Dal potere al diritto e viceversa*, in "Rivista di filosofia", 1981, p. 356.
- (20) Vedi H. Kelsen, *op. ult. cit.*, p. 186.
- (21) Ivi, p. 187. Rendo col corsivo lo spaziato nel testo.
- (22) *Ibidem*. Rendo col corsivo lo spaziato del testo.
- (23) Ivi, p. 136.
- (24) "Il potere politico -- scrive Kelsen -- è l'efficacia dell'ordinamento coercitivo riconosciuto quale diritto" (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., p. 195). Ma chi è l'autore di tale riconoscimento? E che significa "riconoscimento" in questo contesto? -- ci sarebbe da domandarsi. E se un ordinamento fosse efficace a prescindere da un suo "riconoscimento" da parte della gran massa dei consociati?
- (25) H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., p. 88.
- (26) H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., p. 26. Corsivo mio.
- (27) Su ciò, cfr. ivi, pp. 24-28.
- (28) H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., pp. 86-87.
- (29) H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., p. 28.
- (30) H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., p. 87.
- (31) Ivi, p. 90.
- (32) Entrambe le citazioni sono tratte da R. DE STEFANO, *L'accettazione della legge*, Paralelo 38, Reggio Calabria 1977, p. 76.
- (33) Entrambe le citazioni sono tratte da B. de JOUVENEL, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, II ed., Le livre de poche, Paris 1977, la prima a p. 491, la seconda a p. 492.
- (34) Su questo punto cfr. F. A. HAYEK, *The Results of Human Action but not of Human Design*, in F. A. HAYEK, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Routledge & Kegan Paul, London 1967, p. 96 ss.
- (35) Rimando in merito a quanto scrive K. R. POPPER, *On the Theory of Objective Mind*, in K. R. POPPER, *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Rev. ed., Clarendon, Oxford 1986, pp. 159-160.
- (36) Questa è nota come la concezione di Humpty Dumpty (vedi L. CARROL, *Through the Looking Glass and what Alice Found There*, Dent, London 1979, p. 79), per una critica della quale rimando a A. FLEW, *Thinking about Thinking. (Or, Do I sincerely want to be right)*, VI ed., Flamingo, Glasgow 1985, pp. 76-77.
- (37) M. STIRNER, *L'unico e la sua proprietà*, trad. it. di L. Amoroso, Adelphi, Milano 1979, p. 207. Stirner ha una concezione del diritto drasticamente volontaristica ed imperativistica. Egli riduce senz'altro il diritto a comando: "Ci si sforza di distinguere la legge dal comando arbitrario

dicendo che la prima procede da un'autorità legittima. Ma una legge che riguarda il comportamento umano (una legge morale, una legge statale, ecc.) è sempre una dichiarazione di volontà e quindi un comando" (M. STIRNER, *L'unico e la sua proprietà*, trad. it. cit., p. 205).

(38) K. von CLAUSEWITZ, *Della guerra*, trad. it. a cura dello Stato maggiore del R. esercito - Ufficio Storico, vol. 2, Mondadori, Milano 1978, p. 811.

(39) Va detto, poi, che quando von Clausewitz parla di guerra intende prevalentemente la guerra tra Stati, mentre Lenin si riferisce prevalentemente alla guerra interna ad un gruppo sociale vale a dire alla guerra civile.

(40) Sulla guerra come antitesi del diritto e in generale sulle relazioni possibili tra guerra e diritto, cfr. N. BOBBIO, *Diritto e guerra*, ora in N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1979, p. 97 ss.

(41) Cfr. F. A. HAYEK, *Rechtsordnung und Handelsordnung*, Müller, Karlsruhe 1967.

(42) F. E. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, trad. it. di A. Pasquinelli e R. Rossini, Feltrinelli, Milano 1964, p. 113.

(43) Ivi, p. 102.

(44) E. FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933, p. 34.

(45) T. HOBBS, *Behemoth*, trad. it. a cura di O. Nicastro, Laterza, Bari 1979, pp. 59-60.

(46) T. HOBBS, *Leviathan*, a cura di C. B. MacPherson, Penguin, Harmondsworth 1982, p. 312. Traduzione mia.

(47) D. N. MACCORMICK, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, a cura di A. W. B. Simpson, Clarendon, Oxford 1973, p. 106.

(48) *Ibidem*.

(49) Ivi, p. 108. Corsivo mio.

(50) Ivi, pp. 108-109.

(51) Cfr. J. L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, II ed., a cura di J. O. Urmson e M. Sbisà, Oxford University Press, Oxford 1982, p. 12 ss.

(52) D. N. MACCORMICK, *op. ult. cit.*, p. 112.

(53) H. Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, cit., p. 89. Vedi H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. inglese di A. Wedberg, Russell & Russell, New York 1973, pp. 190-191: "Power" is not prisons and electric chairs, machine guns and cannons; "power" is not any kind of substance or entity hidden behind the social order. Political power is the efficacy of the coercive order recognized as law".

(54) *Ibidem*, corsivo mio. Kelsen avrebbe potuto così sottoscrivere le seguenti considerazioni di Cornelius Castoriadis: "A monte del monopolio della violenza legittima vi è il monopolio della parola legittima; e



quest'ultimo è a sua volta costituito dal monopolio della significazione valida. Il signore della significazione troneggia al di sopra del signore della violenza. La voce delle armi può risuonare solo nel fracasso del crollo dell'edificio delle significazioni istituite. E perché la violenza possa intervenire è necessario inoltre che la parola -- l'ingiunzione del potere esistente -- serbi il suo potere sui "gruppi di uomini armati". La quarta compagnia del reggimento Pavlovsky, guardia del corpo di Sua maestà, e il reggimento Semenovskiy sono i pilastri più solidi del trono dello Zar -- fino a quei giorni del 26 e del 27 febbraio 1917, allorquando fraternizzano con la folla e rivolgono le armi contro i loro ufficiali. L'esercito più potente del mondo non vi proteggerà se esso non vi è fedele -- e il fondamento ultimo della sua fedeltà è la credenza immaginaria nella vostra immaginaria legittimità" (C. CASTORIADIS, *Pouvoir, politique, autonomie*, ora in C. CASTORIADIS, *Le monde morcelé*, Seuil, Paris 1990, p. 123; trad. mia).

(55) Sull'importanza dell'elemento psicologico nell'ambito dei fenomeni giuridici, Kelsen si sofferma anche allorché parla dei motivi dell'obbedienza alle norme. Cfr. ad esempio H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1934, pp. 31-33.

(56) Cfr. H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 3. ss.

(57) In merito, cfr. O. WEINBERGER, *Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik. Grundprobleme der deontischer Logik*, a cura di H. LENK, Verlag Dokumentation, Pullach bei München 1974, p. 105.

(58) Una critica al volontarismo è condotta dal "primo" Kelsen: vedi H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, II ed., Mohr, Tübingen 1923, p. 97 ss., p. 189 ss. Per alcuni tradizionali argomenti addotti contro le teorie volontaristiche, vedi ad esempio A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima, *Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano 1975, p. 96.

(59) H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., p. 51.

(60) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di M. G. Losano, III ed., Einaudi, Torino 1975, p. 68. E' questa centralità della sanzione nella teoria giuridica kelseniana che fa dire a Mauro Barberis che "la dottrina pura sembra semplicemente sviluppare e affinare motivi austiniiani" (M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1990, p. 184).

(61) Per questa distinzione, cfr. J. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969.

(62) Cfr. O. WEINBERGER, *op. ult. cit.*, p. 93 e p. 108.

(63) Cfr. D. N. MACCORMICK, *Law as Institutional Fact*, ora in D. N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht 1985.

(64) Cfr. quanto scrive E. CASSIRER, *Essay on Man. An Introduction to a Philosophy of Human Culture*, Doubleday Anchor Books, Garden City, N. Y. 1953, p. 44.

(65) A. FLEW, *Thinking about Social Thinking. The Philosophy of the Social Sciences*, Blackwell, Oxford 1985, pp. 24-25.

(66) Talvolta Kelsen sembra equiparare l'ambito della società a quello della natura, considerando come fenomeni normativi solo quelli del diritto. Cfr. ad esempio l'ultimo paragrafo del primo capitolo di H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1934, p. 9: "Indem man das Recht als Norm bestimmt und die Rechtswissenschaft (die eine von der Funktion der rechtsetzenden und rechtsanwendenden Organe verschiedene Funktion ist) auf die Erkenntnis von Normen beschränkt, grenzt man das Recht gegen die Natur und die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft gegen alle anderen Wissenschaften ab, die auf kausal-gesetzliche Erklärung natürlicher Vorgänge abzielen". Vedi anche H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, II ed., cit., p. 89: "Psychologie, Ethnologie, Geschichte, Soziologie sind Wissenschaften, die menschliches Verhalten zum Gegenstand haben, insoweit es durch Kausalgesetze bestimmt ist, das heißt: im Bereich der Natur oder natürlicher Wirklichkeit vor sich geht". Per il giurista austriaco la sociologia, dunque, non ha uno statuto epistemologico diverso da quello attribuito alle scienze naturali. D'altra parte, però, Kelsen introduce la categoria delle "scienze sociali normative", tra le quali ricomprende l'etica, la teologia e la scienza giuridica, ma non la sociologia.

(67) Vedi, per esempio, H. Kelsen, *Causalità e imputazione*, trad. it. di R. Treves, in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, III ed., Einaudi, Torino 1973, p. 213, dove Kelsen pare far sua la tesi di chi sostiene "il dualismo della natura come ordinamento causale e della società come ordinamento normativo".

(68) Vedi F. A. HAYEK, *The Results of Human Action but not of Human Design*, cit.

(69) D. HUME, *Essays Moral Political and Literary*, trad. it. (di L. Formigari) *Politica e scienza dell'uomo*, Editori Riuniti, Roma 1975, p. 253.

(70) Ivi, p. 74.

(71) Ivi, pp. 254-255.

(72) Ivi, p. 256.

(73) *Ibidem*.

(74) In merito, cfr. P. KOLLER, *Neue Theorien des Sozialkontrakts*, Duncker & Humblot, Berlin 1987, p. 12 ss.

(75) Ivi, pp. 262-263.

(76) Cfr. Norberto Bobbio, *La teoria dello Stato e del potere*, in AA. VV., *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Einaudi, Torino 1981, p. 236. La teoria politica tradizionale poneva l'equazione governo buono uguale potere impersonale e governo cattivo uguale potere personale. "Il potere personale



per eccellenza -- scrive Bobbio -- è quello del tiranno" (*ibidem*), tuttavia l'esperienza tutta moderna dei regimi burocratici e totalitari sembra smentire la tesi secondo cui l'impersonalità del potere sarebbe una caratteristica dei regimi politici liberi. Hannah Arendt, assai appropriatamente, definisce la forma politica burocratica (la quale è assai lontana dal costituire un modello di società libera) come "the rule of nobody" (H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin, Harmondsworth 1983, p. 289).

(77) M. BOVERO, *Introduzione*, in AA.VV., *Ricerche politiche*, a cura di M. Bovero, Il Saggiatore, Milano 1982, p. XXI.

(78) Ivi, p. XXV.

(79) In merito, cfr. M. LA TORRE, *Anarchismo, giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in "Archivio giuridico "F. Serafini"", 1989, n. 4, p. 133 ss.

(80) Cfr. D. FARIAS, *Per una definizione scientificamente utile di ideologia*, in D. FARIAS, *Saggi di filosofia politica*, Giuffrè, Milano 1977, p. 313 ss.

(81) Cfr. C. S. NINO, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires 1985, capitolo settimo.



# EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the  
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge – depending on the availability of  
stocks – from:

The Publications Officer  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italy

**Please use order form overleaf**



# Publications of the European University Institute

To           The Publications Officer  
              European University Institute  
              Badia Fiesolana  
              I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)  
              Italy

From       Name .....

              Address .....

              .....  
              .....  
              .....  
              .....

- ☐ Please send me a complete list of EUI Working Papers
- ☐ Please send me a complete list of EUI book publications
- ☐ Please send me the EUI brochure Academic Year 1992/93

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author .....

Title: .....

No, Author .....

Title: .....

No, Author .....

Title: .....

No, Author .....

Title: .....

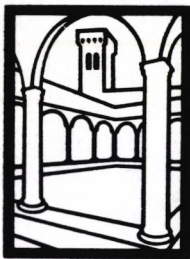
Date .....

Signature .....



# **EUI Working Papers as from 1990**

As from January 1990, the EUI Working Papers Series is divided into six sub-series, each series is numbered individually (i.e. EUI Working Paper HEC No. 90/1; ECO No. 90/1; LAW No. 90/1; SPS No. 90/1; EPU No. 90/1; ECS No. 90/1).





## Working Papers in Law

### **LAW No. 90/1**

David NELKEN  
The Truth about Law's Truth\*

### **LAW No. 90/2**

Antonio CASSESE/Andrew  
CLAPHAM/Joseph H.H. WEILER  
1992 – What are our Rights?  
Agenda for a Human Rights  
Action Plan

### **LAW No. 90/3**

Sophie PAPAETHYMIU  
On a "Constructivist  
Epistemology of Law"

### **LAW No. 90/4**

Joachim WÜRMEILING  
Legislativer Trilog im Institution-  
ellen Dreieck der Europäischen  
Gemeinschaft. Das Verfahren der  
Zusammenarbeit nach Artikel  
149 Absatz 2 EWGV.

### **LAW No. 90/5**

Renaud DEHOUSSE  
Représentation territoriale et  
représentation institutionnelle:  
réflexions sur la réforme du Sénat  
belge à la lumière des expériences  
étrangères

### **LAW No. 90/6**

J. KORTE (ed.)/  
A. E. KELLERMANN/  
W. M. LEVELT-OVERMARS/  
F. H. M. POSSEN  
Primus Inter Pares: The European  
Court and National Courts.  
The Follow-up by National Courts  
of Preliminary Rulings

ex Art. 177 of the Treaty of  
Rome: A Report on the Situation  
in the Netherlands

### **LAW No. 90/7**

Reiner GRUNDMANN  
Luhmann Conservative, Luhmann  
Progressive

### **LAW No. 90/8**

Bruno DE WITTE  
The Integrated Mediterranean  
Programmes in the Context of  
Community Regional Policy\*

### **LAW No. 90/9**

Anne-Laurence FAROUX  
Le Ministère de la Culture en  
France: Création et organisation

\* \* \*

### **LAW No. 91/10**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 1*  
Christian JOERGES  
*The Juridification of Product  
Safety Policy\**

### **LAW No. 91/11**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 2*  
Gert BRÜGGEMEIER/  
Hans-W. MICKLITZ  
*Product Safety Legislation  
in France and in the United  
Kingdom\**

\* Out of print

**LAW No. 91/12**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 3*

Gert BRÜGGEMEIER/

Josef FALKE/Christian JOERGES  
*Product Safety Legislation in the  
Federal Republic of Germany and  
in the United States\**

**LAW No. 91/13**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 4*

Josef FALKE/Christian JOERGES  
*"Traditional" Harmonisation  
Policy, European Consumer Pro-  
tection Programmes and the New  
Approach\**

**LAW No. 91/14**

Christian JOERGES (ed.)  
European Product Safety, Internal  
Market Policy and the New Approach to  
Technical Harmonisation and Standards  
*Vol. 5*

Christian JOERGES/  
Hans-W. MICKLITZ  
*Internal Market and Product  
Safety Policy\**

**LAW No. 91/15**

Christian JOERGES  
Markt ohne Staat? Die  
Wirtschaftsverfassung der Ge-  
meinschaft und die Renaissance  
der regulativen Politik\*

**LAW No. 91/16**

Erk Volkmar HEYEN  
Systemic Interference and Social  
Segmentation of Scientific Legal  
Discourse: Some Theoretical  
Perspectives and Empirical  
Results in the Field of Continental  
Administrative Law

**LAW No. 91/17**

Andrea SCHULZ  
Verfassungsrechtliche Grundlagen  
der auswärtigen Kulturpolitik

**LAW No. 91/18**

Hans-W. MICKLITZ  
Internal Legal Instruments for the  
Regulation and Control of the  
Production and Use of Chemicals  
and Pesticides\*

**LAW No. 91/19**

Hans Ulrich Jessurun  
d'OLIVEIRA  
Class Actions in Relation to  
Cross-Border Pollution.  
A Dutch Perspective\*

**LAW No. 91/20**

Luis María DíEZ-PICAZO/  
Marie-Claire PONTTHOREAU  
The Constitutional Protection of  
Social Rights: Some Comparative  
Remarks



\*\*\*

**LAW No. 92/21**

Aidan O'NEILL/Jason COPPEL  
The European Court of Justice  
Taking Rights Seriously?

**LAW No. 92/22**

Massimo LA TORRE  
Linguaggio giuridico e realtà  
sociale. Note sulla critica  
realistica del concetto di diritto  
sogettivo

**LAW No. 92/23**

Renaud DEHOUSSE  
Integration v. Regulation?  
Social Regulation in the European  
Community

**LAW No. 92/24**

José Engrácia ANTUNES  
Le Groupe de Sociétés  
La crise du modèle légal classique  
de la Société Anonyme

**LAW No. 92/25**

Christian JOERGES  
Geschichte als Nicht-  
Geschichte: Unterschiede zwischen  
Friedrich Kessler und der  
deutschen Rechtswissenschaft

\*\*\*

History as Non-History:  
Divergences and Time Lag  
between Friedrich Kessler and  
German Jurisprudence

**LAW No. 92/26**

Michael KING/Catherine KRATZ  
La Notion d'Intérêt de l'Enfant en  
Droit: Vecteur de Coopération ou  
d'Interférence?

**LAW No. 92/27**

Massimo LA TORRE  
A National-Socialist Jurist on  
Crime and Punishment - Karl  
Larenz and the So-Called  
'Deutsche Rechtserneuerung'

**LAW No 92/28**

Diarmuid ROSSA PHELAN  
The Application of United States  
and European Community  
Domestic Trade Laws to the  
Imports of Nonmarket Economy  
GATT Contracting Parties - A  
Time for Change

**LAW No. 92/29**

Susanne KALSS  
Das Höchststimmrecht als  
Instrument zur Wahrung des  
Aktionärseinflusses

**LAW No 92/30**

Massimo LA TORRE  
Diritto, potere, dominio  
Argomenti per una teoria non  
prescrittivistica del diritto





